UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Les

Concessions de Terrains

Dans les Cimetières

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

Henri SERRE

AVOCAT A LA COUR

PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION GÉNÉRALE DES ÉTUDIANTS D'AIX

Président : M. MOREAU, Professeur

AIX

Typographie et Lithographie B. Niel, E. Tournel, successeur

Rue Emeric-David, 5

1911

Les

Concessions de Terrains

Dans les Cimetières

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE — FACULTE DE DROIT D'AIX

Les

Concessions de Terrains

Dans les Cimetières

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

Henri SERRE

AVOCAT A LA COUR

PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION GÉNÉRALE DES ÉTUDIANTS D'AIX

ACAD. LIBR. BAT. BIBL.

Président : M. MOREAU, Professeur

AIX

Typographie et Lithographie B. Niel, E. Tournel, successeur

Rue Emeric-David, 5

—

1911

A mes Amis
de l'Association Générale des Etudiants
en témoignage
de mes sentiments cordiaux.

H. S.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. - FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Personnel

MM. PISON, doyen honoraire.

BRY, doyen, professeur de Droit romain, chargé des cours de Pandectes et de Législation industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit civil, chargé des cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat) et de Droit civil (Capacité).

VERMOND, assesseur du Doyen, professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes.

MOREAU, professeur de Droit administratif, chargé des cours de Droit administratif approfondi et de Législation financière.

AUDINET, professeur de Droit international chargé d'un cours de Droit civil.

BONNECARRÈRE, professeur de Droit commercial, chargé des cours d'Enregistrement et Notariat et de Droit maritime.

RIPERT, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit administratif (Capacité) et des cours de Droit civil approfondi et comparé.

PERROUD, professeur de Procédure civile, chargé d'un cours de Droit civil (Capacité).

RAYNAUD, professeur d'Economie politique, chargé du cours d'Economie politique (Doctorat).

AUBRY, agrégé, chargé des cours d'Economie politique (Licence) et d'Histoire des Doctrines économiques (Doctorat).

DUMAS, agrégé, chargé des cours d'Histoire générale du Droit français (Licence) et d'Histoire du Droit public (Doctorat).

DONNEDIEU DE VABRES, agrégé, chargé du cours de Droit criminel.

PERRINJAQUET, chargé des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

ROUGIER, chargé des cours de Droit constitutionnel (Licence et Doctorat) et de Droit public (Licence).

JOUGLA, secrétaire.

L'Université et la Faculté n'entendent donner, par leur visa, aucune approbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Le régime actuel des cimetières est l'aboutissant d'une série de considérations que les circonstances mirent en valeur, et qui sont entièrement différentes de celles auxquelles on obéissait autrefois.

Aujourd'hui — sans manquer en rien au respect que l'on doit aux morts, — on obéit, quand il s'agit de réglementer les sépultures, surtout à des considérations pratiques, on cherche à sauvegarder l'hygiène publique, avant la Révolution on obéissait, principalement, à des considérations d'ordre sentimental.

C'est ainsi que l'usage d'enterrer les morts dans les églises dût avoir de nombreuses raisons et, parmi elles, il est facile d'en dégager quelques-unes qui devaient être particulièrement sensibles à l'âme populaire. Une première raison était dans la croyance que la vertu des prières devait avoir de près une action plus puissante, une deuxième, que le respect attaché aux saints lieux était une sauvegarde contre les violations dont les tombeaux pouvaient être l'objet ; enfin

une dernière raison trouvait son explication dans le respect que l'on doit aux morts ; la décence exigeant qu'ils soient séparés de la société, les églises offraient, à ce point de vue, toutes les garanties désirables.

Bientôt l'empressement explicable de tous ceux qui voulaient y être enterrés et le peu d'espace du local durent faire mettre un prix à cette faveur ; ce fut donc le privilège des riches. Mais les églises avaient des terrains attenant à elles, ce furent ces terrains qui devinrent la sépulture générale des chrétiens.

Si respectable que fut la pratique que nous venons d'indiquer, il était fatal qu'elle était appelée à disparaître ; d'une façon générale, c'était la négation complète de toute règle d'hygiène.

Une ordonnance royale du 10 mars 1776, étendant à tout le territoire une mesure particulière à Paris, ordonnait de placer les cimetières hors des agglomérations. Avant de proposer une pareille mesure, le pouvoir royal s'était concerté avec l'autorité religieuse ; en effet, dans l'ordonnance que nous venons d'indiquer, il est parlé « du désir qu'ont les magis-« trats du Royaume d'une loi capable de concilier, « avec la salubrité de l'air, ce que les règles ecclé-« siastiques peuvent permettre. »

Ces mesures, destinées à sauvegarder l'hygiène publique, ne furent pas suivies ; la pratique d'inhumer les morts dans les églises ou les terrains y atte-

nant avait des racines trop profondes pour être arrêtée par un texte, il fallait la secousse révolutionnaire pour l'ébranler. C'est dans ces conditions que le décret du 23 prairial an XII, complété dans certaines de ses dispositions par l'ordonnance du 6 décembre 1843, vint réglementer la matière qui nous occupe.

Il est facile de se convaincre combien devait être délicate l'élaboration des règles à la discipline desquelles il était cependant nécessaire de soumettre les sépultures : on peut facilement évoquer dans l'esprit « sur combien de points délicats le devoir de l'auto- « rité sociale se trouve en contact avec les droits des « particuliers, et comme il doit être malaisé parfois « de trouver une juste conciliation entre des intérêts « trop souvent opposés. Si on accorde trop à la li- « berté des particuliers, l'hygiène du pays en souffre « et quelquefois aussi sa morale, si on fait la part « trop large aux pouvoirs de l'autorité, il en résulte « trop souvent des froissements de mœurs ou d'habi- « tudes qui, en cette matière pieuse, plus que partout « ailleurs, ne vont pas sans quelque révolte de l'opi- « nion publique, ou sans quelque affaiblissement de « ce culte des morts dont nous indiquions plus haut, « d'un mot, l'importance sociale » (1).

Le décret de prairial et son complément, l'ordonnance de 1843, paraissent avoir eu un égal souci des

(1) Chareyre. *Des inhumations et lieux de sépultures*, p. 4.

intérêts matériels des collectivités et des intérêts moraux ou des habitudes de chacun de nous ; on peut affirmer que leurs dispositions sont difficilement critiquables.

Ces deux textes sont encore aujourd'hui les bases fondamentales de la matière, tout au moins quant aux dispositions qui n'ont point été abrogées par les lois du 14 novembre 1881, prohibant toute séparation, à l'intérieur des cimetières, basée sur des idées confessionnelles, du 28 décembre 1904, attribuant aux communes le monopole des pompes funèbres, du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, du 2 janvier 1907, sur la dévolution des biens ecclésiastiques.

Quelle est la réforme réalisée sur le régime antérieur par les textes fondamentaux que nous avons cités ? Elle est capitale ; c'est la prohibition pour l'avenir d'enterrer les morts « dans les églises, temples, « synagogues, hôpitaux et généralement dans aucun « des édifices clos et fermés où les citoyens se réunis- « sent pour la célébration de leur culte, ni dans l'en- « ceinte des villes et des bourgs. »

Désormais, la règle générale est l'inhumation dans le cimetière communal.

Mais si le cimetière public est le lieu normal des inhumations, ces dernières, cependant, peuvent être autorisées dans des terrains particuliers ; en effet, l'art. 14 du décret de prairial nous indique que « toute

« personne pourra être enterrée sur sa propriété, « pourvu que ladite propriété soit hors et à la dis- « tance prescrite de l'enceinte des villes et des « bourgs. »

Il ne faudrait point déduire de ce texte que tout propriétaire peut être inhumé sur son terrain sans une autorisation spéciale (1), la jurisprudence a souvent décidé que l'autorité municipale peut interdire, par voie de mesure générale, toute inhumation dans un terrain privé.

Le maire ne peut pas, par une autorisation générale, permettre à toute une famille de se faire inhumer dans un terrain particulier, l'autorisation doit être spéciale à chaque inhumation (2) ; mais même nanties d'une autorisation spéciale, il ne serait pas possible, semble-t-il, d'autoriser plusieurs personnes, complètement étrangères les unes aux autres, à se faire inhumer dans un terrain privé, cette pratique, en effet, heurterait la règle de l'inhumation dans le cimetière communal.

De cette règle découle, pour chaque commune, l'obligation d'avoir un cimetière ; M. Blanche (3) fait judicieusement remarquer qu'il serait utile, dans l'intérêt du bon ordre administratif, que chaque agglo-

(1) Cassation, 10 octobre 1856. S. 57-1-74.
(2) Conseil d'Etat, 27 décembre 1861. S. 1860-2-234.
(3) Blanche. *Dictionnaire,* v° Cimetière, p. 348.

mération communale soit propriétaire du sien, d'une façon absolue ; en fait, il n'en est pas toujours ainsi, surtout pour les petites communes dont les ressources sont limitées, et on peut citer des exemples de cimetières, propriété indivise entre plusieurs d'entre elles.

Nous ne jugeons pas opportun dans une introduction et surtout parce que la question ne se discute plus, de faire état de la controverse dont Monseigneur Affre (1) s'était fait le protagoniste quand il soutenait que la propriété des cimetières devait appartenir aux Fabriques ; à l'heure actuelle, la question ne présente plus aucune espèce d'intérêt, presque tous les auteurs et la jurisprudence rangent les cimetières dans le domaine public communal ; il faut indiquer cependant une orientation récente de la jurisprudence, on cite, en effet, quelques décisions qui paraissent favorables à la thèse de la domanialité privée.

Peut-être avant la loi de Séparation du 9 décembre 1905 aurait-on pu forger des hypothèses où une Fabrique se serait crue autorisée à revendiquer la propriété d'un cimetière. Mais cette loi, dans ses dispositions relatives à la dévolution des biens ecclésiastiques, paraît désormais s'opposer à une pareille éventualité. Au surplus, il ne paraît pas douteux qu'au cas où

(1) Mgr Affre. *Traité de la juridiction ecclésiastique*, p. 209 et 210.

une Fabrique aurait justifié de son droit de propriété sur un cimetière, la commune aurait été fondée à se faire céder ce droit.

Ainsi donc, il est pleinement acquis que les cimetières sont des dépendances du domaine communal affectées à un service purement civil ou laïque auquel tous les habitants de la commune ont un droit égal.

Mais une controverse en appelle une autre, et si la discussion relative à la propriété des cimetières paraît éteinte, celle relative à leur domanialité ne l'est peut-être pas complètement, et une minorité, respectable par l'autorité, a soutenu énergiquement la thèse de la domanialité privée contre la majorité des auteurs et la majeure partie de la jurisprudence qui, au contraire, adoptent la thèse de la domanialité publique.

Devons-nous faire état de cette controverse et quel intérêt y avons-nous ?

D'ordinaire, quand on recherche si un bien fait partie ou non du domaine public, c'est pour examiner si on peut reconnaître à ce bien les deux privilèges caractéristiques de la domanialité publique, l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité ; à ce point de vue, la question ne présente qu'un intérêt très relatif : ce n'est qu'extrêmement rarement, en effet, que les particuliers pourront étendre leur emprise sur les terrains affectés aux sépultures ; l'art. 3 du décret de prairial qui ordonne que les cimetières soient clos de murs de deux mètres de haut, en rend à peu près impossible

l'occupation de la part d un voisin, et dans de pareilles conditions, même si les terrains de sépulture ne faisaient pas partie du domaine public, ce n'est que très exceptionnellement qu'on pourrait invoquer la prescription à leur égard.

Quant aux aliénations, elles ne peuvent se concevoir que lorsque le Préfet a prononcé la désaffectation du terrain et sous la réserve des règles et délais prescrits par la loi.

Toutes les parties du domaine public étant inaliénables, on en tire cette conséquence qu'aucune servitude ne peut la grever ; si les cimetières sont du domaine privé rien ne s'oppose à ce qu'ils supportent une pareille charge, encore dans cette hypothèse faudrait-il réserver les pouvoirs de police du maire qui aurait le droit de prohiber toute servitude qui serait contraire à la décence ou au bon ordre.

Il y a encore intérêt à savoir si les cimetières sont du domaine public au point de vue de la mitoyenneté des murs qui ne peut être acquise que dans le cas où l'on rangerait les lieux de sépultures dans le domaine privé des communes. En fait, la question ne se posera presque jamais, les cimetières devant être situés à une certaine distance des habitations, et la servitude de ne pas bâtir frappant les terrains environnants.

Mais la question de la domanialité publique ou privée des cimetières présente surtout de l'intérêt au point de vue spécial auquel nous nous plaçons dans

notre travail. L'étude des concessions est, en effet, intimément liée à la théorie de la domanialité des cimetières ; le parti que l'on prend sur ce dernier point doit nécessairement influer sur la nature du droit que l'on reconnaît au concessionnaire.

C'est ainsi que si l'on reconnaît au concessionnaire un droit de propriété sur sa concession, il faut fatalement se ranger à la thèse de la domanialité privée, si l'on adopte la thèse de la domanialité publique, il faut examiner quelle est la nature du droit privatif dont jouit le titulaire de la concession.

Nous nous bornons pour le moment à ces indications ; l'étude du droit du concessionnaire formant, en quelque sorte, le point dominant notre travail, nous renvoyons au chapitre qui traitera ce point avec tous les développements qu'il nous paraîtra comporter ; c'est dans le corps du sujet que nous examinerons également la question de la translation des cimetières, qui ne doit nous préoccuper, d'ailleurs, qu'au point de vue de l'influence qu'elle peut exercer sur la situation du concessionnaire.

Nous en arrivons ainsi à la question même de la domanialité des cimetières et au développement des raisons qui nous font croire à leur domanialité publique.

De la Domanialité publique des Cimetières

Il semble que la domanialité publique des cimetières s'impose *a priori* à l'esprit et soit à l'abri de toute discussion. La très grande majorité des auteurs l'admet (1) ; cependant l'opinion contraire a été énergiquement soutenue par MM. Batbie et Ducrocq (2).

Nous proposant de démontrer le caractère public de la domanialité des lieux de sépulture, deux questions se posent : quelles sont les conditions que doit remplir un bien pour être rangé dans le domaine public, les cimetières satisfont-ils à ces conditions ?

Toutes les théories que l'on a élaborées sur la domanialité publique se réfèrent à une texte fondamental, l'art. 538 du Code civil :

Art. 538. — « Les chemins, routes et rues à la « charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables « ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, « les ports, les rades, les navires et généralement « toutes les parties du territoire français qui ne sont « pas susceptibles d'une propriété privée sont consi- « dérés comme des dépendances du domaine public. »

(1) Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français*, t. II, § 169. — Gaudry. *Traité de la législation des Cultes*, t. II, n° 744. — Proudhon. *Domaine public*, t. I.

(2) Batbie. *Droit public et administratif*, t. V, n° 314. — Ducrocq. *Traité des Edifices publics*, n° 90 ; *Cours de Droit administratif*, t. II, n° 1418 et 1419.

Dans le même chapitre III du Code civil, d'autres articles parlent du domaine public :

Art. 539. — « Tous les biens vacants et sans maî-
« tre et ceux des personnes qui décèdent sans héri-
« tiers ou dont les successions sont abandonnées,
« appartiennent au domaine public. »

Art. 540. — « Les portes, murs, fossés, remparts
« de places de guerre et de forteresse font aussi par-
« tie du domaine public. »

Art. 541. — « Il en est de même des terrains de
« fortifications et remparts des places qui ne sont pas
« places de guerre : ils appartiennent à l'Etat s'ils
« n'ont pas été valablement aliénés ou si la prescrip-
« tion n'en a pas été acquise contre lui. »

dans ces textes une certaine confusion, des biens qui dans ces textes une certain econfusion, des biens qui sont manifestement du domaine privé sont rangés dans le domaine public : c'est ainsi que tout le monde admet que les lais et relais appartiennent au domaine privé de l'Etat, « le lai et par conséquent le domaine
« privé existent dès que la mer a cessé définitivement
« d'occuper le terrain, puisque c'est le fait naturel de
« l'occupation par les eaux qui crée la domanialité
« publique maritime » (1).

Il en est de même des biens vacants et sans maître, des remparts ou fortifications déclassés, qui, sans

(1) Moreau. *Cours de Droit administratif*, p. 574.

discussion possible, doivent être rangés dans le domaine privé de l'Etat.

C'est à l'aide des textes que nous venons d'énumérer, les art. 538 et 540, que l'on arrive à dégager le criterium de la domanialité publique ; on cherche à préciser les caractères des biens énumérés dans ces articles et l'opinion courante soutient que, pour être rangé dans le domaine public, tout bien doit satisfaire aux trois conditions suivantes :

1° Etre une portion du territoire français ;

2° Etre affecté à l'usage de tous ;

3° Etre insusceptible de propriété privée.

Ces conditions, dit-on, sont indispensables, sauf le cas où un texte exprès range dans le domaine public un bien qui, par sa nature, n'aurait pas pu y être incorporé.

Les cimetières remplissent-ils les trois conditions ? Il nous paraît que oui, et c'est ce que nous allons essayer de démontrer.

(*a*) Il n'est pas douteux que les cimetières sont une portion du territoire français, et ce premier point ne présenterait aucune difficulté si on n'avait soutenu qu'il fallait qu'il s'agisse de terrains non bâtis. Il est manifeste cependant qu'il n'a pas été dans la pensée du législateur d'exclure du domaine public les édifices qui seraient des constructions et non des parties du domaine public.

C'est M. Ducrocq qui a formulé cette règle des

« terrains non bâtis » ; mais même si on admettait la nécessité de cette condition on pourrait soutenir que les cimetières lui obéissent.

On a fait remarquer, en effet, que le fait pour certains cimetières de renfermer des monuments funéraires n'était pas suffisant pour faire considérer les lieux de sépultures comme des terrains bâtis, le monument funéraire, quels que soient son luxe et sa valeur, n'étant jamais que l'accessoire du sol.

M. Ducrocq prête, lui-même, un singulier appui à cette manière de voir, quand il classe dans le domaine public, comme formant des accessoires du sol, tous les monuments et constructions diverses édifiés sur des terrains dépendant de ce domaine, notamment les arcs de triomphe, les colonnes, les statues, etc., qui décorent la voie publique et dont la valeur est bien supérieure à leur emplacement (1).

Et, par ailleurs, on se demanderait vainement à quelles considérations aurait obéi le législateur en ne rangeant dans le domaine public que les terrains sans constructions. Une pareille distinction serait inexplicable et il est, de plus, littéralement impossible de la soutenir si on considère les exemples qu'offrent les lois françaises des cas où des terrains bâtis sont rangés dans le domaine public. C'est ainsi que la loi du

(1) Ducrocq. *Edifices publics*, n° 95.

8-10 juillet 1791 (art. 13, titre I) désigne, sous le nom de terrains, des fortifications, remparts, parapets, etc. et que l'arrêté du 24 décembre 1811 (art. 54) déclare que le terrain militaire des places de guerre comprend des bâtiments, établissements, etc.

(*b*) Pour qu'un bien soit du domaine public, il faut qu'il soit affecté à l'usage de tous.

Une opinion récente et en opposition avec l'opinion classique que nous avons formulée, soutient que pour qu'un bien soit susceptible d'être rangé dans le domaine public, il lui suffit d'être affecté soit à un usage, soit à un service public.

Y a-t-il entre les deux systèmes des différences considérables ? Non, et il faut tenir compte des tempéraments qui, pratiquement, sont apportés à la rigueur théorique de ces deux opinions ; c'est ainsi que le premier système perd un peu de son intransigeance, en admettant, comme nous l'avons déjà indiqué, qu'un texte suffit pour ranger dans le domaine public un bien qui, par sa nature, ne justifierait pas ce classement ; que le deuxième perd de son extension en exigeant, pour être rangé dans le domaine public, que le bien affecté au service public appartienne à l'Etat ; ce classement ne pourrait pas avoir lieu, si le bien avait été loué à un particulier.

Au surplus, quelle différence y a-t-il entre un bien affecté à l'usage direct et immédiat de tous et un bien simplement affecté à un service public ? Y a-t-il entre

ces deux expressions une différence d'idées ou seulement une différence de mots ?

Nous pencherions pour la deuxième hypothèse. On a justement, en effet, fait remarquer que si on veut à tout prix que les expressions « usage public » et « service public » n'aient pas une signification absolument équivalente, il faut reconnaître cependant qu'elles ne sont pas séparées par des cloisons étanches ; en effet, elles expriment la même idée.

L'expression « usage public » éveille la pensée d'une chose affectée directement à l'intérêt général, tandis que les mots « service public » d'une chose affectée indirectement à ce même intérêt.

« L'affectation à un service public, dit fort juste-
« ment M. Bressolles, n'a-t-elle pas pour résultat de
« consacrer un édifice à un usage public ? Le public,
« en effet, peut jouir d'une chose, soit en en usant
« directement pour son utilité et son plaisir, comme
« d'une promenade, d'une église, soit en y ayant un
« libre accès pour recourir à un service public qui
« s'y trouve installé dans son intérêt, quoique l'en-
« trée puisse en être réglementée par mesure d'ordre
« ou de police » (1).

Et il n'est pas difficile de concrétiser ces réflexions par des exemples, ainsi les routes sont affectées au

(1) Bressolles. *Journal de Droit administratif*, t. II, p. 117-121.

service public de la voirie, en même temps qu'elles sont à la discrétion du public ; d'autre part, des monuments comme les palais de justice, les préfectures sont affectés à un service public en même temps que livrés à l'usage des citoyens qui en ont l'accès sous certaines conditions.

Ainsi cette quasi assimilation entre les expressions « usage public » et « service public » témoignerait que les cimetières rempliraient la deuxième condition exigée par l'opinion classique dans le cas où on admettrait avec M. Ducrocq qu'ils ne sont affectés qu'à un service public.

Cette opinion récente qui déclare que non seulement sont des dépendances du domaine public les terrains non bâtis affectés à l'usage de tous, mais encore les terrains non bâtis affectés à un service public, comme les cimetières par exemple, paraît plus logique que l'opinion classique. « Elle fournit un cri-
« terium pratique, dit M. Hauriou — *Traité de Droit*
« *admin.*, p. 681 — car le fait de l'affectation à l'uti-
« lité publique est toujours facile de constater. Elle
« a un avantage de plus, elle fournit un principe d'in-
« terprétation raisonnable, pour la règle de l'inalié-
« nabilité, en laquelle gît, en somme, tout l'intérêt de
« la domanialité publique. Cette règle se trouvant
« fondée uniquement sur l'affectation de la chose à
« l'utilité publique, on voit de suite pourquoi elle ne
« s'applique que depuis l'affectation jusqu'à la désaf-

« fectation, pourquoi elle ne s'oppose qu'aux actes « dont les conséquences iraient à l'encontre de la « destination d'utilité publique de la chose et la « feraient retomber dans le commerce de la vie pri- « vée, pourquoi en somme elle n'a qu'une portée rela- « tive ; mais aussi pourquoi dans ces limites elle est « une règle nécessaire et pourquoi sans elle les dépen- « dances du domaine public ne seraient point hors « du commerce. »

Avec ce criterium de l'affectation à l'utilité publique, il n'est pas douteux que les lieux de sépulture doivent être rangés dans le domaine public ; en effet, quelles que soient les réserves qu'on ait pu faire, quelles que soient les discussions qu'on ait pu établir pour savoir si tels immeubles devaient ou non être rangés dans le domaine public, il en est toute une catégorie sur lesquels il n'y a pas discussion, ce sont les biens affectés à un besoin primordial de la société, n'est-ce pas, au premier chef, la situation des cimetières ?

Mais ne peut-on pas soutenir que les cimetières sont directement livrés à l'usage public ? On a essayé de le faire.

Non seulement, a-t-on dit, les cimetières sont affectés à un service public, mais ils sont encore livrés à l'usage du public et cela à un double titre. D'abord, en effet, l'accès en est libre, et ensuite l'inhumation n'est-elle pas l'usage le plus direct que l'homme

puisse tirer de la terre ? « On objecterait vainement « que l'homme après sa mort ne peut plus user de « rien, ne plus rien posséder. La réponse est que, « d'une part, la jouissance posthume de certains « droits peut se justifier par le dogme généralement « reçu de l'immortalité de l'âme et que, d'autre part, « le droit du mort est exercé par la famille qui le « représente et, en tous cas, par le maire de la com- « mune et par le ministère public chargés, chacun, « en ce qui le concerne, d'assurer à ceux qui ne sont « plus, la possession de la terre où ils reposent » (1).

En définitive, quel que soit l'aspect sous lequel on envisage la question de la domanialité des cimetières, il faut reconnaître que leur classement dans le domaine public communal est pleinement justifié.

(*c*) Pour qu'un bien soit du domaine public, il faut qu'il soit insusceptible de propriété privée.

Quelle est la définition que l'on peut donner d'un bien insusceptible de propriété privée ? Un bien insusceptible de propriété privée est celui qui par sa nature ne permet pas de concevoir l'emprise d'un particulier, ou bien encore celui auquel une disposition formelle de la loi a donné ce caractère.

Dans l'hypothèse des cimetières, cette troisième condition est réalisée par les dispositions de la loi qui place ces biens hors du commerce.

(1) Lyon, 4 février 1875. D. 77-2-161, note.

En effet, les articles 8 et 9 du décret de prairial décident que les cimetières, à leur fermeture, devront rester cinq ans, dans l'état où ils se trouvent : à l'expiration de ce délai, ils ne pourront qu'être ensemencés, les fouilles seront prohibées. Ces dispositions ont été complétées par une décision du Conseil d'Etat du 13 nivôse an XIII et une circulaire du 4 pluviôse an XIII qui permettent aux communes d'aliéner ou d'échanger les cimetières abandonnés sous l'obligation pour l'acquéreur de se conformer aux prescriptions du décret de prairial (1).

Au surplus, dire, comme le dit M. Ducrocq, qu'un bien, pour être rangé dans le domaine public, doit être insusceptible de propriété « par sa nature physique », cela heurte le bon sens. D'ailleurs, l'article 538 du Code civil classe dans le domaine public les choses non susceptibles de propriété privée, sans ajouter « par leur nature physique », et, en effet, fait-on remarquer, à l'exception des choses destinées à l'usage commun de tous les hommes comme l'air, l'eau, tous les objets qui sont à la surface du globe sont susceptibles d'appropriation exclusive.

Ainsi, à titre d'exemple, les portions de routes nationales, déclassées et vendues conformément à la loi du 24 mai 1842, deviennent, à dater du jour de la vente, la propriété des acquéreurs qui peuvent, si cela

(1) Dalloz, *Répertoire*, v° Culte, n° 797.

leur plaît, les posséder sans rien changer à leur nature physique.

On explique l'argumentation de M. Ducrocq par la confusion que le savant auteur a établie entre la « nature physique », c'est-à-dire la matérialité des choses et leur « nature juridique », c'est-à-dire leur destination.

C'est à cause de leur nature juridique et non à cause de leur nature physique que les choses mentionnées dans l'article 538 du Code civil sont considérées comme des dépendances du domaine public. Il est impossible de prétendre que c'est la nature même des choses, sans l'intervention du législateur, qui les fait échapper à toute appropriation privée.

Ainsi donc, les dispositions de la loi qui placent les cimetières hors du commerce témoignent qu'ils sont insusceptibles de propriété privée et qu'ils remplissent la troisième condition exigée pour qu'ils puissent être classés dans le domaine public.

Autres Considérations

MM. Ducrocq et Batbie, pour défendre la thèse de la domanialité privée, mettent en avant deux autres considérations :

(*a*) La commune perçoit les produits des cimetières, moins toutefois les produits spontanés qui appartiennent aux Fabriques (décret 30 déc. 1809, art. 36).

(*b*) Le caractère de la domanialité privée des cimetières résulterait du droit qui appartient à la commune d'accorder des concessions, même perpétuelles, pour fondation de sépultures privées.

(*a*) A ces considérations, on réplique par des arguments dont il serait difficile de méconnaître la valeur. En ce qui concerne le premier point, en fait comme en droit, dit-on, il ne supporte pas l'examen. En fait, il est puéril de parler des revenus des cimetières qui sont plutôt une charge ; en droit, il a toujours été reconnu que l'Administration avait le droit de tirer parti des biens du domaine public. « Ce pouvoir est « la conséquence du droit de garde, de conservation, « d'administration que la loi des 22 décembre 1789, « 2 janvier 1790 donne à l'Etat sur les propriétés « publiques, rivières, chemins et autres choses com- « munes » (1).

(*b*) Le deuxième argument mis en avant pour démontrer la domanialité privée des cimetières s'appuye sur le droit qu'a la commune d'accorder des concessions pour sépultures privées. « Ce droit des « particuliers, dit M. Ducrocq, sur les terrains qui « leur sont concédés dans les cimetières constitue la « négation la plus péremptoire de la domanialité « publique, à tort revendiqué par eux, ils sont sus- « ceptibles de propriété privée en dehors de l'arti-

(1) Serrigny. *Revue critique*, 1871-72, p. 645.

« cle 538 du Code Napoléon. Le terrain concédé sort « du domaine privé de la commune pour devenir une « propriété privée du concessionnaire, propriété per- « pétuelle ou temporaire, suivant le caractère de la « concession ; d'ailleurs, l'existence de tout droit « privé, l'appropriation exclusive à un titre quelcon- « que sont incompatibles avec la domanialité publi- que. »

On a justement fait remarquer que cette façon de raisonner contient un vice radical : en effet, puisque le droit du concessionnaire dépend de celui de la commune, il faut discuter en descendant de la commune au concessionnaire et non pas vice versa. Or, nous avons établi que les cimetières devaient être rangés dans le domaine public ; si on admet avec M. Ducrocq que la domanialité publique est incompatible avec toutes concessions de droits réels, il faut démontrer que les concessions ne confèrent pas un droit de propriété, mais un simple droit personnel ; c'est ce que reconnaissent les textes et ce que démontre la jurisprudence qui, à propos des chemins de fer concédés en exploitation, déclare que l'exploitation a lieu par droit de bail (1).

Nous n'entrerons pas pour le moment dans plus de détails sur l'étendue et la nature du droit accordé

(1) Civ. Cassation, 15 mai 1861. D. P. 61-1-225.

au concessionnaire, nous examinerons la question dans un chapitre ultérieur.

Mais nous faisons remarquer, dès maintenant, qu'il est acquis que même des droits réels peuvent être consentis sur le domaine public, sous cette condition expresse que ces droits ne soient pas contraires à la destination normale de ce domaine.

A l'esprit de qui viendrait-il de soutenir, même dans l'hypothèse des concessions conférant des droits réels, que ces concessions sont contraires à la destination des cimetières ?

Nous avons indiqué plus haut que presque tous les auteurs se rangeaient à la thèse de la domanialité publique ; il en est de même de la jurisprudence qui ne fait aucune distinction entre le champ commun et les terrains affectés aux concessions (1).

Des Inhumations dans le Cimetière public Communal

Sous quelles formes les inhumations peuvent-elles avoir lieu dans le caractère communal ? Sous la forme de la loi commune, et sous la forme de la loi d'exception.

Sous la forme de la loi commune, en ce sens qu'obli-

(1) Toulouse, 23 février 1875. D. P. 75-1-474. — Lyon, 7 juillet 1883. D. P. 85-2-34.

gatoirement chaque corps doit trouver dans le cimetière une place gratuite au moins pendant cinq ans. A l'expiration de ce délai, l'administration a le droit de réunir les ossements dans la fosse commune et de disposer, au profit d'un autre, de l'emplacement ainsi rendu disponible. Il était, en effet, impossible d'assurer une place distincte à chacun, c'eût été mettre les cimetières à l'état d'agrandissement permanent.

(*b*) Sous la forme de la loi d'exception représentée par les concessions qui assurent à leurs titulaires, pour des périodes de temps variables, une place distincte dans le cimetière communal.

Nous laisserons complètement de côté le premier mode de sépulture, donnant notre attention aux concessions seulement, et les développements qui vont suivre sont exclusivement réservés à l'étude de cette matière.

CHAPITRE PREMIER

Les Concessions de Terrains dans les Cimetières

Après les explications que nous avons fournies dans l'introduction, et qui étaient nécessaires pour la clarté des développements qui vont suivre, nous arrivons à l'objet même de notre travail.

Les concessions, a-t-on dit, confèrent à leurs titulaires un véritable droit de propriété (1), dès lors, elles ne peuvent se concevoir que si on admet la théorie de la domanialité privée des cimetières, puisqu'il est admis que le domaine public est hors de l'emprise des particuliers.

Nous avons admis, en ce qui nous concerne, la théorie de la domanialité publique, est-ce que dans ces conditions il nous sera impossible de justifier l'existence des concessions ? Pas le moins du monde. En effet, indépendamment des caractères particuliers

(1) Ducrocq. *Edifices publics*, n° 93, p. 68.

de ce droit de propriété que conféreraient les concessions — droit que nous examinerons avec tous les développements qu'il comporte — nous savons que des droits réels peuvent être consentis sur le domaine public, à la condition qu'ils ne soient pas contraires à la destination de ce domaine. La jurisprudence des tribunaux, soit judiciaires, soit administratifs, n'a jamais « contesté le droit de concéder des jouissan-« ces privatives sur les dépendances du domaine « public. Ce droit est seulement subordonné à la con-« dition essentielle de conserver à la concession son « caractère de précarité et de révocabilité, de respec-« ter la destination de ce domaine, et de ne pas réser-« ver à un seul particulier la jouissance du droit qui « appartient à tous. Si parfois des concessions ont été « annulées, c'est parce que le Conseil d'Etat ou la « Cour de Cassation ont estimé que les droits du « public n'étaient pas suffisamment sauvegardés : ni « l'un ni l'autre ne mettant en doute la faculté pour « l'Etat de consentir des concessions sur des objets « faisant partie du domaine public » (1).

Dans un sens général, le mot concession désigne l'octroi d'une faculté qui est faite par l'autorité compétente, mais dans le cas qui nous occupe, le mot a une acception un peu différente. Ici la concession est confondue avec son objet ; ce mot désigne alors l'acte

(1) Cassation, 11 août 1891, S. 92-1-132, note.

par lequel une commune abandonne à une famille la jouissance d'un terrain dans un cimetière. C'est un acte facultatif pour l'administration communale et la concession ne pourrait pas être exigée sous prétexte que l'impétrant offre de se conformer aux conditions ordinaires.

La concession, en effet, est une mesure discrétionnaire qui n'implique aucun droit préexistant de la part du concessionnaire. « Cette spontanéité, dit « M. Batbie, caractérise déjà l'acte de concession : « elle ne suffirait pas, ajoute-t-il, à expliquer l'em- « ploi de ce mot si d'autres raisons ne concouraient « pas au même résultat. Le mot concession a été « employé parce que ce contrat ne rentrerait pas « dans les classifications juridiques ordinaires. Ainsi « on ne pourrait pas l'appeler vente parce que la « concession ne confère pas au concessionnaire un « droit de propriété. Le mot bail n'aurait pas été « plus exact parce que la concession confère un droit « plus étendu que celui qui résulte de la location et « le mot emphytéose n'aurait pas été mieux choisi ; « car l'emphytéose est constitué moyennant une rede- « vance annuelle qui n'existe pas dans les conces- « sions de terrains dans les cimetières ; en effet, le « prix de la concession est payé tout entier au « moment du contrat » (1).

(1) Batbie. *Traité de Dr. adm.*, t. vii, p. 240.

Des diverses espèces de Concessions

Le décret du 23 prairial an XII et l'ordonnance du 6 décembre 1843 nous indiquent à quelles conditions est subordonnée l'obtention d'une concession et les diverses formes sous lesquelles cette dernière peut se présenter.

L'article 10 du décret de prairial porte : « Lorsque « l'étendue des lieux consacrés aux inhumations le « permettra, il pourra être fait des concessions de « terrains aux personnes qui désirent y posséder une « place séparée pour y fonder leur sépulture ou celle « de leurs parents ou successeurs et y construire des « caveaux, monuments ou tombeaux. »

L'Art. 11. — « Les concessions ne seront néan- « moins accordées qu'à ceux qui offriront de faire « des donations ou fondations en faveur des pauvres « ou hôpitaux, indépendamment d'une somme qui « sera donnée à la commune et lorsque ces fonda- « tions auront été autorisées par le gouvernement « dans les formes accoutumées sur l'avis des Conseils « municipaux et la proposition des préfets. »

Ces dispositions ont été complétées ou modifiées par les articles 3, 4, 5 de l'ordonnance règlementaire du 6 décembre 1843.

Art. 3. — « Les concessions de terrain dans les « cimetières communaux pour fondations de sépultu-

« res privées seront à l'avenir divisées en trois classes :

« 1° Les concessions perpétuelles ;

« 2° Les concessions trentenaires ;

« 3° Les concessions temporaires. »

Art. 4. — « Aucune concession ne peut avoir lieu « qu'au moyen du versement d'un capital dont les « deux tiers au profit de la commune et un tiers au « profit des pauvres ou établissements de bienfai- « sance.

« Les concessions trentenaires seront renouvela- « bles moyennant une redevance qui ne pourra pas « dépasser le taux de la première. Dans le cas du « défaut de payement de cette redevance, le terrain « fera retour à la commune, mais il ne pourra cepen- « dant être repris par elle que deux années absolues « après l'expiration de la période pour laquelle il « avait été concédé et dans l'intervalle de ces deux « années, les concessionnaires ou leurs ayant-droits « pourront user de leur droit de renouvellement.

« Les concessions temporaires sont faites pour « quinze ans au plus et ne pourront être renouvelées. »

Art. 5. — « En cas de translation d'un cimetière « les concessionnaires ont droit dans le nouveau à un « emplacement égal en superficie au terrain qui leur « avait été concédé et les restes qui y avaient été « inhumés seront transportés aux frais de la com- « mune. »

Telles sont les dispositions qui régissent la matière des concessions, nous devons quelques détails à chacune des formes que ces dernières peuvent revêtir.

I. — *Les Concessions perpétuelles*

L'instruction du 30 décembre 1843 nous fournit tous les éclaircissements désirables au sujet des concessions.

Dans cette circulaire, le ministre indique que le prix des concessions perpétuelles doit être tenu beaucoup plus élevé que celui des autres concessions. Ce conseil est dicté par deux considérations : d'abord, les concessions perpétuelles sont un privilège pour les classes riches, ensuite il faut éviter un trop prompt envahissement des cimetières.

Il est, par contre, recommandé aux autorités communales d'accorder surtout des concessions trentenaires qui présentent le plus d'avantages au point de vue pécuniaire et ne se heurtent pas, en outre, aux inconvénients signalés à propos des concessions perpétuelles.

La circulaire ne détermine pas le prix des concessions qui doit fatalement varier avec les localités et la fortune relative des habitants.

Cette circulaire rappelle que les concessions à titre perpétuel ne sont pas des actes de vente et n'emportent pas un droit réel de propriété en faveur du concessionnaire, mais simplement un droit de jouissance

et d'usage avec affectation spéciale et nominative, d'où cette conséquence que la valeur du terrain n'entre pour rien dans la taxe.

L'ordonnance du 6 décembre 1843 a apporté des modifications considérables relativement aux formalités à satisfaire pour obtenir une concession.

En effet, nous avons indiqué qu'aux termes des articles 10 et 11 du décret de prairial des concessions pourraient être accordées à ceux qui offriraient de faire des donations ou fondations en faveur des pauvres ou établissements de bienfaisance. Mais ces donations ou fondations devaient être autorisées par le pouvoir exécutif ; il y avait là une foule de formalités à remplir avant que ne fut rendue l'ordonnance autorisant la concession.

La longueur de cette procédure à suivre avait maintes fois incité le pouvoir central à y apporter des dérogations ; en effet, des ordonnances avaient été rendues réglementant, pour toute une commune, le droit de concession. La seule lecture de l'ordonnance du 6 décembre 1843 suffit pour se convaincre des progrès réalisés sur l'état antérieur.

Les concessions répondaient à des sentiments humains tellement impérieux que leur succès fut considérable. Le législateur voyait d'un très mauvais œil les concessions perpétuelles, il paraissait redouter que, par elles, on ne s'acheminât vers l'indisponibilité des cimetières.

Aussi, lorsque, par la circulaire du 20 juillet 1841, le Ministre de l'Intérieur consulta les Conseils généraux sur les difficultés que faisait naître la législation des sépultures, en général, il sollicitait, en particulier, leur avis sur l'opportunité d'une suppression des concessions perpétuelles.

La majorité des assemblées départementales se montra favorable à cette suppression, mais le Conseil d'Etat, consulté, se prononça, au contraire, pour le maintien des concessions perpétuelles et c'est à l'avis autorisé de ce dernier corps que se rangea le ministre « quelle que soit, est-il dit dans la circulaire du « 30 décembre 1843, l'idée qu'on se fasse du carac- « tère de perpétuité, par rapport aux choses des ins- « titutions humaines, il faut reconnaître que, dans « une matière aussi délicate, les habitudes et les sen- « timents ont leur empire auxquels l'administration « ne saurait se soustraire ; or, on ne pourrait admet- « tre l'innovation proposée sans contredire un usage « consacré par la piété des familles et sanctionné par « le temps et sans porter atteinte, sinon à des droits « acquis, du moins à un sentiment public digne de « respect. »

On ne saurait mieux dire et il faut se féliciter que de pareilles considérations aient prévalu sur les craintes qu'avaient pu faire naître les concessions perpétuelles.

II. — *Les Concessions trentenaires et temporaires*

Les concessions trentenaires, qui paraissent les moins usitées, sont celles que l'administration considère avec le plus de bienveillance pour les raisons pécuniaires que nous avons précédemment indiquées.

En ce qui concerne les particuliers, elles ont l'avantage d'un renouvellement facultatif, pour eux, et obligatoire pour les communes. Ce dernier caractère les différentie des concessions simplement temporaires — dont la durée ne peut excéder quinze ans — et dont le renouvellement est facultatif pour les communes.

Il faut maintenant indiquer comment s'acquièrent les concessions et quelle est la nature du contrat qui intervient.

CHAPITRE II

Acquisition des Concessions

Aux termes du décret du 23 prairial an XII, la commune peut accorder des concessions lorsque « l'éten- « due des lieux le permet. »

Ces termes « lorsque l'étendue des lieux le permet » laissent clairement entendre que la commune a un pouvoir d'appréciation souverain. L'octroi d'une concession n'est pas pour elle une obligation, mais une simple faculté. Il est manifeste toutefois que les concessions fournissant des revenus aux communes il est de leur intérêt, bien entendu, de ne pas repousser les demandes qui leur seraient adressées. Nous ne pensons pas cependant qu'il faille exagérer, et classer les concessions parmi les produits des cimetières : elles représentent des situations juridiques consenties en dehors de tout esprit commercial pour satisfaire

à des raisons de sentiment et à des habitudes et les cimetières sont probablement plutôt une charge qu'une source de profits pour les communes.

Le Conseil municipal décidera s'il y a lieu d'accorder ou de refuser une concession ; son pouvoir n'a d'autres limites que celles qui lui sont imposées par les textes qui régissent la matière. Ainsi, il pourrait admettre des concessions temporaires non renouvelables, mais il ne pourrait pas admettre ces concessions pour une durée supérieure à quinze ans. Il ne pourrait pas non plus décider que les concessions trentenaires ne seront pas renouvelables. Dans ces hypothèses, les textes sont formels et les Conseils municipaux ne sauraient les transgresser.

Une concession peut être demandée, en l'absence de toute décision prise à l'avance par le Conseil municipal. Il faudra résoudre ces questions :

1° Faut-il accorder la concession ?

2° Quel sera le prix auquel elle sera accordée ?

Nous avons déjà indiqué que, sur le premier point, la liberté du Conseil municipal est entière, elle ne l'est pas moins sur le second. L'autorité supérieure n'a rien à prescrire ; le Conseil municipal peut prendre une délibération spéciale et, sans fixer de tarif, autoriser le maire à accorder une concession ; cependant des instructions administratives recommandent d'établir des tarifs lorsque l'étendue des cimetières est assez grande pour qu'une partie puisse être concédée.

Le Conseil municipal fixe la mesure que doit avoir le terrain de chaque concession. La superficie de la concession doit être de deux mètres carrés, au moins ; il est évident que sur la demande des intéressés, il peut être accordé plus, mais on ne peut les contraindre à accepter davantage.

L'ordonnance du 6 décembre 1843 indique que le terrain nécessaire aux séparations et passages établis autour des concessions doit être fourni par la commune. Cette disposition a été dictée à raison de ce fait qu'il était nécessaire d'appliquer aux concessions les dispositions de l'art. 5 du décret du 23 prairial an XII, relatives à l'espacement des fosses. Cette disposition étant, dans un cas comme dans l'autre, dictée par des considérations de décence et de salubrité publique, c'est à la commune d'y pourvoir.

Mais le décret du 23 prairial an XII et l'ordonnance du 6 décembre 1843 en prescrivant de laisser un espace libre entre les fosses n'ont obéi qu'à des considérations d'intérêt général. Il ne peut s'agir en rien d'un droit privatif, soit de propriété, soit de servitude, en faveur des particuliers. Ceux-ci n'ont, sur le terrain concédé, que le droit délimité par l'acte de concession, sans pouvoir prétendre à un droit quelconque sur la bande de terrain bordant les concessions (1).

(1) Rennes, 22 octobre 1886. *Gaz. Pal.*, 86-2-774.

La concession une fois accordée, en principe, il reste à déterminer la place qu'elle occupera dans le terrain affecté aux concessions. Cette charge incombera au maire, puisqu'il est, en effet, chargé de la police et de la surveillance des inhumations.

Le maire qui accorde ou refuse une concession exécute une délibération du Conseil municipal, mais en même temps, il accomplit un acte de police qu'on peut soumettre à l'autorité supérieure. Ces actes peuvent, en outre, être déférés au Conseil d'Etat par le recours pour excès de pouvoir. On ne pourrait pas, en effet, « enlever aux familles, dans une matière qui touche « à des intérêts si graves, à des sentiments si pro- « fonds et si respectables, le recours contre les négli- « gences, les passions locales, les abus de pouvoirs « dont peuvent être infectés les actes de l'autorité « municipale. »

III. — *Délivrance des Concessions*

Nous savons que le concours des notaires n'est pas nécessaire pour la vente des biens communaux, à plus forte raison ne l'est-il pas pour la délivrance des concessions que l on ne saurait assimiler à des ventes. D'ailleurs, on ne voit pas très bien pourquoi l'on aurait recours aux notaires, alors qu'on peut arriver aux mêmes résultats par la voie administrative qui a l'avantage d'être gratuite.

A ce propos, on s'est demandé si les secrétaires de mairies ont droit à des frais de rédaction et d'expédition pour les contrats passés en la forme administrative. Le journal des Conseils municipaux (1888, p. 27) déclare :

« Qu'en autorisant les maires à passer, à la place « des notaires, les actes intéressant le domaine com- « munal, la loi a eu pour objet de réduire les frais « incombant aux communes ou aux parties. Il nous « paraît donc difficile d'admettre que les honoraires « alloués aux notaires pour l'établissement des actes « de ce genre, doivent être purement et simplement « transférés au secrétaire de la mairie. Les parties « pourraient objecter d'abord que ce n'est pas au « secrétaire, mais au maire, qu'il appartient de rédi- « ger l'acte ; que le secrétaire est un agent chargé de « seconder le maire, mais non un fonctionnaire « public et que son intervention n'est pas obligatoire. « D'un autre côté, on ne pourrait attribuer des hono- « raires au maire pour cette rédaction, sans violer le « principe de la gratuité de ses fonctions. »

Cet article se prononce en sens contraire en ce qui concerne l'expédition des actes. « On sait, dit-on, « que les communes sont autorisées à percevoir, pour « cette délivrance, un droit de 0,75 c. par rôle. Ce « droit est un revenu communal qui doit être porté « aux recettes du budget et dont le produit, encaissé « par le secrétaire de mairie, doit être versé trimes-

« triellement au receveur municipal. Il est loisible « au Conseil municipal, s'il veut que le secrétaire de « la mairie reçoive une rénumération pour ses copies « d'actes, de porter la même somme aux dépenses, « de telle sorte que le maire délivrera, au profit du « secrétaire, un mandat dont le montant sera égal à « celui du produit des expéditions. Le secrétaire « pourra présenter ce mandat au receveur municipal « en même temps que l'état des droits recouvrés pen- « dant le trimestre et l'opération sera ainsi régu- « lière. »

N'est-ce pas là une solution quelque peu critiquable ? Les secrétaires de mairie sont payés pour accomplir tout le travail, toutes les écritures ressortissant de leurs attributions, et une rénumération forfaitaire n'est-elle pas préférable à cette rénumération sous la forme du coût des expéditions d'actes de concessions ?

Nous indiquerons plus loin, à propos de l'enregistrement, à quel moment l'acte de concession est parfait. Il nous faut ajouter, pour être complet, que les actes de concessions peuvent être rédigés soit sous la forme d'un contrat bilatéral, soit sous la forme d'un arrêté municipal :

MODÈLE DE CONTRAT

Les soussignés :

M.....

agissant au nom et comme maire de la commune de ..... en vertu de la délibération prise

par le Conseil municipal le..... et approuvée par décision préfectorale du..... *d'une part* ;

Et M..... *d'autre part* sont convenus de ce qui suit :

M. le maire déclare par ces présentes concéder... ..... à M..... soussigné et acceptant, pour y fonder sa sépulture particulière et celle de sa famille ..... mètres carrés de terrain dans le cimetière communal et à prendre dans l'emplacement ci-après indiqué

.....

.....

Cette concession est faite aux conditions fixées par le règlement local, dont le concessionnaire a pris connaissance, et aux charges de droit telles qu'elles résultent des dispositions du décret du 23 prairial an XII, de l'ordonnance du 6 décembre 1843 et de l'instruction de M. le ministre de l'Intérieur du 30 du même mois de décembre.

En conséquence, le présent contrat n'emportant pas un droit réel de propriété en faveur du concessionnaire, mais établissant simplement à son profit et au profit de sa famille un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale, le terrain concédé ne pourra pas, par le concessionnaire ou ses successeurs, être loué, aliéné, hypothéqué, partagé, ni changé de destination.

La concession étant faite pour trente années — (supprimer la clause s'il s'agit d'une autre durée) — elle sera renouvelable indéfiniment à l'expiration de chaque période de trente ans, moyennant une nouvelle redevance qui ne pourra pas dépasser celle-ci après stipulée.

A défaut de payement de cette nouvelle redevance, le terrain concédé fera retour à la commune, mais il ne pourra cependant être repris par elle que deux années révolues après l'expiration des trente ans qui ont commencé à courir ce jourd'hui ; et dans l'intervalle de ces deux années, le concessionnaire ou ses héritiers pourront user de leur droit de renouvellement.

Le concessionnaire pourra clore le terrain concédé et faire, au-dessus comme au-dessous du sol, tels monuments ou constructions funéraires que bon lui semblera.

Il sera tenu de se conformer, pour ces ouvrages, pour les inhumations et exhumations, aux lois, règlements et arrêtés concernant la salubrité publique, la police et l'administration du cimetière communal.

Les frais et droits auxquels le présent acte donnera ouverture seront supportés par le concessionnaire.

La concession est faite en outre à raison de..... francs le mètre carré et moyennant, au total, la somme de ..... que le concessionnaire s'oblige à verser entre les mains du Receveur municipal, ainsi

que les frais accessoires pour timbre, enregistrement et expédition s'élevant à .....

Fait double à ..... le .....

MODÈLE D'ARRÊTÉ

Nous, maire de la commune de .....

Vue la demande qui nous a été présentée par M....., demeurant à ..... à l'effet d'obtenir dans le cimetière communal une concession de terrain pour y fonder la sépulture de M .....

Vu le décret du 23 prairial an XII,

Vue l'ordonnance du 6 décembre 1843,

Vue la loi du 5 avril 1884, art. 68, n° 7,

Vue la délibération du Conseil municipal de..... ..... en date du ..... portant fixation d'un tarif pour les concessions de terrain dans le cimetière communal, laquelle délibération à été approuvée le ..... par M. le Préfet ;

Arrêtons :

Article premier. — Il est concédé (à perpétuité ou pour ..... ans), avec garanties de tous troubles, au sieur ..... une superficie de ..... mètres carrés de terrain dans le cimetière communal, pour y fonder la sépulture de M .....

Art. 2. — Le concessionnaire disposera, en conséquence de cette parcelle de terrain, à dater de ce

jour, mais seulement pour la destination ci-dessus indiquée.

Art. 3. — Il pourra élever sur le terrain concédé tel monument funèbre que bon lui semblera, pourvu toutefois qu'il n'empiète en aucune manière sur les terrains avoisinants et sauf l'application du droit commun en ce qui concerne les signes et inscriptions qui seraient contraires à la morale et à l'ordre public.

Art. 4. — La pierre tumulaire ou le monument élevé sur le terrain concédé portera ces mots : concession à perpétuité (ou pour ..... ans) avec le numéro de la concession.

Art. 5. — Le concessionnaire devra se conformer aux lois, décrets, ordonnances, règlements de police existants ou à faire, relatifs aux sépultures et à la délibération du Conseil municipal en date du .... approuvée par M. le Préfet.

Art. 6. — Les frais de timbre, d'enregistrement et d'expédition du présent acte seront à la charge du concessionnaire.

Art. 7. — Cette concession est faite, en outre, moyennant la somme de ..... francs, payable, avec les frais accessoires s'élevant à ....., entre les mains de M. le Receveur municipal, qui gardera dans sa caisse les deux tiers de cette somme revenant à la commune et versera à celle de l'hospice ou du bureau de bienfaisance l'autre tiers attribué aux pauvres.

Fait à ..... le .....

Nature du Contrat

Le concessionnaire tient son droit d'un véritable contrat passé avec la commune, mais c'est un contrat d'une nature spéciale dont les effets, sauf stipulations contraires, sont réglés par le décret du 23 prairial an XII et l'ordonnance du 6 décembre 1843.

C'est ce qui se dégage des décisions de la jurisprudence et, en particulier, d'un jugement du Tribunal d'Auzebrouck du 11 juin 1891 :

« Attendu, dit ce jugement, qu'un acte de conces-
« sion de terrain dans un cimetière est un contrat
« d'une nature particulière dont les effets, à défaut
« de stipulations contraires, sont réglés par le décret
« du 23 prairial an XII et l'ordonnance du 6 décem-
« bre 1843 ; que les articles 10 et 11 du décret précité
« permettent de faire des concessions de terrains dans
« les cimetières aux personnes qui désireraient y pos-
« séder une place distincte et séparée pour y fonder
« leur sépulture ; que par le fait de cette concession
« la commune ne contracte d'autre obligation que
« celle d'accorder, temporairement ou à perpétuité,
« moyennant une somme déterminée, un terrain pour
« servir à la sépulture du concessionnaire et à celle
« de sa famille, avec faculté pour celui-ci de cons-
« truire, si bon lui semble, des caveaux, monuments

« ou tombeaux ; que si dans la suite la translation du « cimetière s'impose, la situation entre les contractants se trouve alors réglée par l'article 5 de l'ordonnance du 6 décembre 1843. En ce cas, les concessionnaires ont le droit d'obtenir, dans le nouveau cimetière, un emplacement égal en superficie « au terrain qui leur avait été concédé et les restes « qui y avaient été inhumés seront transportés aux « frais de la commune ; que les termes de cet article « « et les restes qui y avaient été inhumés » ne peuvent « évidemment s'entendre que de la dépouille mortelle des personnes reposant dans le terrain concédé ; qu'ils sont strictement limitatifs et que l'obligation imposée à la commune ne saurait s'étendre « à la réédification à ses frais, des caveaux, monuments ou tombeaux, érigés sur la concession.

« Attendu qu'on invoquerait vainement, pour écarter cette interprétation, la circulaire ministérielle du « 30 décembre 1843, relativement à l'exécution de « l'ordonnance du 6 du même mois ; qu'en effet, si « cette circulaire met à la charge des communes le « transport des matériaux provenant des monuments, « elle ne prescrit pas de les réédifier ; que, d'ailleurs, « de telles circulaires constituent de simples documents administratifs représentant seulement une « opinion personnelle aux fonctionnaires dont elles « émanent, ne sont pas la loi et ne sauraient y suppléer sous prétexte de l'interpréter. »

Cette décision que nous venons de rapporter est en harmonie avec les décisions de la jurisprudence administrative qui ne met à la charge des communes, en cas de translation d'un cimetière, que les frais matériels, tels que creusement des fosses et transport des restes et, à la rigueur, les matériaux des tombes qui avaient été érigées sur les terrains abandonnés ; la commune, d'après cette jurisprudence, n'est nullement obligée à la réédification des tombeaux, ni au remboursement des frais de reconstruction de ces tombeaux dans le nouveau cimetière.

Mais cette matière souffre la controverse. On a jugé, avec raison nous semble-t-il, contrairement à la jurisprudence que nous venons d'indiquer, qu'en cas de translation d'un cimetière, la commune est obligée, envers le concessionnaire, de faire à ses frais exhumer et réinhumer les restes que contient le tombeau dans un autre exactement pareil, sauf à utiliser les matériaux du monument primitif (1).

Il est difficile, en effet, de comprendre que le concédant soit quitte de ses obligations en offrant un concours limité au transport des matériaux, une pareille interprétation d'un texte arrive à ce résultat que les principes les plus élémentaires du droit sont éludés. En toute justice, l'interprétation extensive

(1) Trib. Agen, 1er juillet 1870, S. 70-2-299. — Bordeaux, 10 juin 1907, D. 1907-2-267, cassé par arrêt du 25 octobre 1910.

doit l'emporter ; il serait logique, en effet, que la commune qui a le droit de décider unilatéralement le transfert du cimetière dans un autre lieu, dut avoir l'obligation de donner au concessionnaire, dans la situation nouvelle, une situation entièrement équivalente à celle qu'il avait avant le transfert.

Malheureusement, le dernier état de la jurisprudence ne consacre pas cette manière de voir (1). En effet, un arrêt tout récent de la Cour de Cassation déclare que l'obligation de la commune ne doit porter ni sur la démolition des monuments anciens, ni sur le transport des matériaux, ni sur la réédification des monuments nouveaux, cette obligation est restreinte : 1° à la délivrance à chacun des concessionnaires dans le nouveau cimetière d'un emplacement égal en superficie à l'ancien ; 2° à la prise en charge des frais d'exhumation, de transport et d'inhumation des corps dans le nouveau cimetière.

Nous enregistrons cette jurisprudence récente, mais nous donnons notre préférence à celle qui interprète les textes dans un sens large et favorable aux concessionnaires.

(1) Cour Douai, 8 mars 1892, D. 92-2-562. — Paris, 20 juillet 1902, S. 1902-2-296. — Cass. civ. octobre 1910, *Gaz. Pal.*, 9 novembre 1910.

Point de départ de la jouissance du Droit

A partir de quel moment le contrat de concession produit-il ses effets ? Il faut distinguer :

(*a*) Dans le cimetière, il y a une partie du terrain exclusivement réservée aux concessionnaires.

(*b*) Il n'y a pas d'emplacement distinct.

Dans le premier cas, le contrat produit son effet dès que le terrain est mis à la disposition du particulier, il y a, en effet, dès ce moment-là une jouissance privative.

Dans la deuxième hypothèse, lorsque les concessions n'excèdent pas les dimensions fixées par la loi, il paraîtrait logique de ne faire courir le droit particulier qu'à l'expiration des cinq années accordées à tout le monde.

CHAPITRE III

Etendue et Nature du Droit du Concessionnaire

Première Opinion

Une première opinion considère les concessions — surtout les concessions perpétuelles comme conférant un véritable droit de propriété ; droit de propriété *sui generis*, à raison de la surveillance de l'administration et de l affectation spéciale du terrain, mais droit aussi complet que le comporte la nature des choses.

Ce système a d'abord été soutenu par l'administration de l'Enregistrement (instr. génér. du 3 janvier 1810), qui l'a ensuite abandonné et il a été consacré par un jugement du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1856 (1).

(1) Trib. Seine, 24 décembre 1856, D. 1858-3-58.

Ce jugement indiquait que les tombeaux de famille constituent une propriété privée et appartiennent aux héritiers de ceux qui les ont établis dans la proportion de leur part héréditaire. Par suite, chaque co-héritier a le droit d'y faire inhumer les siens sous la double condition de se conformer aux prescriptions de l'autorité et de respecter les droits de ses co-héritiers.

En opposition absolue avec la décision qui précède, on peut citer un arrêt de la Cour de Cassation du 7 avril 1857 (1) qui décide que les tombeaux de famille constituent des fondations pieuses qui échappent à l'empire des règles ordinaires au droit de propriété et que, par suite, leur transmission n'est pas régie par les dispositions de la loi concernant la quotité disponible.

M. Ducrocq (2) soutient énergiquement la théorie du droit de propriété qui ne peut se concevoir qu'avec la théorie de la domanialité privée des cimetières dont le savant professeur est un des partisans les plus autorisés. « Dans le silence du contrat, dit-il, nous croyons « que la commune propriétaire et venderesse d'une « portion de son territoire confère sur lui un droit de « propriété *sui generis* au concessionnaire. Celui-ci « peut non seulement y obtenir l'inhumation de qui

(1) C. Cass., 7 avril 1857, S. 57-1-342.
(2) Ducrocq. *Edifices publics*, n° 93, p. 68.

« bon lui semble, il peut encore y faire construire des « tombeaux, des caveaux, des monuments quelcon- « ques qui seront incontestablement sa propriété. Ce « droit s'applique non seulement aux objets considé- « rés isolément, mais aussi à la place qu'ils occupent. »

La théorie du droit de propriété du concessionnaire a été défendue devant le Conseil d'Etat par le commissaire du gouvernement L'Hôpital, dans une affaire Castangt (1).

« Quant à nous, disait-il, nous tenons, contraire- « ment à l'opinion du sieur Castangt, contrairement, « s'il le faut, à l'opinion du ministre de l'Intérieur, « que les concessions perpétuelles dans les cimetiè- « res créent pour les concessionnaires un véritable « droit de propriété, propriété *sui generis* assuré- « ment, consacrée à une affectation spéciale et per- « pétuelle aussi, mais propriété aussi absolue que le « comporte la nature des choses.

« .... Mais, dit-on, à l'appui de la thèse contraire, « l'administration supérieure peut ordonner la trans- « lation du cimetière et cette translation anéantira « votre droit qui, par conséquent, n'était pas un droit « de propriété.

« .... Non, le droit du concessionnaire dans un « terrain n'est pas anéanti et ne saurait disparaître. « Tout au contraire, il est transporté avec l'ancien

(1) Cons. d'Etat, 19 mars 1863. LEBON, p. 265.

« cimetière dans le cimetière nouveau. Cette faculté, « cette éventualité de translation, c'était la condition « de ma propriété posée par l'ordonnance du « 6 décembre 1843, exprimée ou sous-entendue dans « un acte de concession, mais elle ne saurait en être « la négation. »

Le commissaire du gouvernement concluait dans le même sens, en ce qui concerne les concessions temporaires. « Les concessions temporaires, disait-il, si « elles ne constituent pas une propriété constituent, « à nos yeux, un droit privé de même nature. »

Telle est l'opinion de M. L'Hôpital, qui a contre elle, quoi qu'on explique, ce fait considérable d'une propriété qui pourrait disparaître ou réapparaître suivant la fantaisie de l'administration ; il est impossible de donner le nom de propriété à une situation qui est infectée d'un pareil vice.

Mais d'ailleurs peut-on dire que de la décision du Conseil d'État, à propos de laquelle nous avons cité fragmentairement les conclusions de M. L'Hôpital, et qui donne compétence à l'autorité judiciaire pour apprécier certains litiges, se dégage cette conclusion que la concession confère à son titulaire un véritable droit de propriété ? C'est fort douteux, et c'est véritablement à tort que M. Ducrocq s'en est armé pour justifier sa manière de voir.

Et d'abord à quelle occasion est intervenue cette décision ?

La possession du terrain concédé peut soulever des difficultés soit entre un particulier et la commune, soit entre deux particuliers. Quelle sera la juridiction compétente pour connaître du litige ?

On avait essayé de soutenir que l'administration était seule compétente. Le Tribunal de Clermont s'était prononcé dans ce sens et il justifiait sa décision par ces considérations que « les terrains faisant « partie des cimetières ne sauraient être considérés « comme étant dans le commerce. La concession qui « en est faite aux particuliers n'en transfère pas le « domaine, par suite, ils ne sont pas susceptibles de « propriété privée ; dès lors, c'est à l'administration « seule qu'il appartient de statuer sur les dificultés « qui s élèvent à l'occasion de l'exercice des droits « conférés par les concessions. »

C'est cette théorie que s'est attaché à refuter M. L'Hôpital dans l'affaire que nous avons précédemment indiquée et où un particulier demandait à la ville de Bordeaux de le garantir contre les troubles ou évictions émanant d'un concessionnaire.

Un tel débat est judiciaire ; les concessions, en effet, confèrent, tout au moins, des droits réels dont la protection doit appartenir à l'autorité judiciaire, puisqu'il n'existe pas d'attribution expresse à l'autorité administrative (1).

(1) Lafferrière. *Traité de la juridiction adm.*, 2e édit., t. 1, p. 537.

On a justement fait remarquer l'erreur de M. Ducrocq, quand il soutient que la décision que nous discutons vient témoigner en faveur du droit de propriété du concessionnaire. L'arrêt décide seulement que l'autorité judiciaire est compétente pour juger un litige entre une commune et un particulier qui veut faire cesser le trouble émanant d'un de ses voisins.

Pour justifier cette manière de voir, « il n'est pas « nécessaire, dit-on, de prendre parti sur la nature « du droit du concessionnaire », il suffit de considérer que le contrat de concession est, de la part du maire, un acte de gestion.

Cette interprétation n'est pas douteuse si on s'en refère à la jurisprudence même du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation qui sont d'accord pour reconnaître que les concessions dans les cimetières communaux sont des contrats donnant naissance à des droits privés qui peuvent être revendiqués ou contestés devant l'autorité judiciaire (1).

Il faut reconnaître que l'opinion de la plus récente jurisprudence paraît fixée dans le sens du droit de propriété (2).

(1) Req., 26 avril 1875, D. P. 75-1-474.

(2) Civ., 12 février 1901, D. 1905-1-495. — Douai, 2 décembre 1903, D. 1905-2-433, et note de M. Appleton. — Boulogne-sur-Mer, 11 novembre 1904, D. 1906-2-97.

Au point de vue doctrinal, les avis sont partagés. C'est ainsi que tandis que M. Planiol déclare que « traditionnellement les tombeaux sont considérés « comme faisant l'objet d'un droit de propriété *sui* « *generis* ; que c'est là une idée qui nous vient du « droit romain jamais abandonnée par la jurispru- « dence » (1).

M. Hauriou, au contraire, indique « que le droit « du concessionnaire ne peut être un véritable droit « de propriété civile, car, malgré le nom de la con- « cession, il n'est pas véritablement perpétuel *in* « *eodem loco* ; en effet, en cas de translation du cime- « tière, le droit sur l'ancien terrain concédé dispa- « raît et est remplacé par un droit sur un nouveau « terrain d'égale superficie. Il y a deux résultats pra- « tiques à obtenir ; le premier est l'irrévocabilité de « la concession au sens de l'affectation d'un terrain « à la sépulture dans tous les cimetières successifs « qui seront aménagés, mais ce résultat est assuré « par la loi ; le second est la transmissibilité des « caveaux de famille par succession, testament, etc., « mais on transmettrait aussi bien une propriété « administrative qu'un droit de propriété civile ; « avec cette interprétation de la concession perpé- « tuelle, en la constitution d'une propriété adminis- « trative spéciale, on évite de heurter le principe de

(1) Planiol. *Traité de Dr. civ.*, 5e édit., t. I, p. 1019.

« l'inaliénabilité des dépendances du domaine public ;
« cette concession d'une propriété spéciale n'est pas
« une aliénation prohibée puisque, d'une part, la
« propriété n'est pas perpétuelle au sens du droit
« civil et que, d'autre part, le terrain ne saurait être
« employé à d'autre destination qu'à celle des inhu-
« mations, elle est dans le sens de la destination du
« cimetière » (1).

Il est difficile de prendre parti sur une question qui met aux prises deux autorités aussi incontestables que MM. Planiol et Hauriou. Cependant, si l'on examine les opinions des deux savants auteurs, on se rend compte que leurs manières de voir tendent à se rapprocher. En effet, le droit du concessionnaire, dit M. Hauriou, n'est pas un véritable droit de propriété — c'est une propriété administrative ; si, répond M. Planiol, c'est un droit de propriété, mais un droit *sui generis*. En définitive, on peut dire que les opinions de MM. Hauriou et Planiol se concilient sur cette formule : par certains côtés le droit du concessionnaire se rapproche du droit de propriété, mais il s'en éloigne par d'autres.

On n'a pas grand peine à démontrer que le droit du concessionnaire n'est pas un véritable droit de propriété. « C'est, a-t-on dit, moins qu'un droit de « propriété. La propriété est le droit illimité d'une

(1) Hauriou. *Précis de Dr. adm.*, 7e édit., p. 749.

« personne sur une chose. Or, le droit du concession-
« naire est limité quant à la jurisprudence, quant à
« la disposition, quant à la durée, même lorsqu'il
« est à titre perpétuel.

« Il est limité quant à la faculté de jouir puisque le
« concessionnaire ne peut pas changer la destina-
« tion du terrain concédé.

« Il est limité quant à la faculté de disposer puis-
« que le terrain concédé ne peut être ni hypothéqué,
« ni affermé, ni aliéné pendant la vie du concession-
« naire, à titre gratuit ou onéreux.

« Enfin, il est limité quant à sa durée, qui est seu-
« lement celle pendant laquelle le cimetière demeu-
« rera affecté aux inhumations. Sans doute, le con-
« cessionnaire dépossédé recevra dans le nouveau
« cimetière un terrain de même étendue que le ter-
« rain primitivement concédé ; et l'on a soutenu, en
« conséquence, que la dépossession du concession-
« naire n'impliquait pas la négation de son droit de
« propriété, qu'elle n'était autre chose qu'un mode
« d'expropriation pour cause d'utilité publique, le
« terrain accordé dans le nouveau cimetière formant
« comme l'indemnité du terrain exproprié ; mais cette
« assimilation manque d'exactitude » (1).

L'arrêtiste, auteur de cette note publiée sous un

(1) Arrêt de Lyon, 4 février 1875, D. 1877-2-161. Note de M. Cazalens.

arrêt de la Cour de Lyon, conclut justement, semble-t-il, en déclarant que le droit du concessionnaire est un droit réel immobilier d'usage et de jouissance et non un droit de propriété.

La jurisprudence qui admet, comme nous l'avons déjà indiqué, que le concessionnaire a sur la concession un droit de propriété, déduit de là certaines conséquences : ainsi elle admet que les contestations relatives aux concessions de terrains dans les cimetières sont de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires. De même encore lorsque le maire accorde une concession, il agit comme partie contractante et les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître des difficultés que peut faire surgir ce contrat.

Le Concessionnaire peut-il agir en complainte?

Du système aux termes duquel les concessions conféreraient à leurs titulaires un droit de propriété on peut rapprocher l'examen de cette question, en cas de trouble à la jouissance du droit qui lui est accordé, le concessionnaire pourrait-il agir en complainte ?

M. Garnier (1) soutient la négative. « Ces acquisi-« tions, dit-il, ne sont réellement que des locations

(1) Garnier. *Traité de la possession et des actions possessoires*, p. 338.

« de terrain pour un usage déterminé. Le trouble « dans la possession du tombeau ne serait qu'une « atteinte portée à une chose mobilière. »

M. Curasson (1) combat énergiquement cette manière de voir. « Elle ne pourrait se concevoir, dit-« il, que s'il s'agissait de la pierre sépulchrale placée « sur les tombeaux ; mais comment prétendre que « l'acquisition faite pour fonder une sépulture porte « sur un objet mobilier ? Et bien que l'acquéreur ne « puisse convertir le terrain à un autre usage que « celui que comporte sa destination, il en a l'usu-« fruit qu'il transmet même à sa famille, et pourquoi « alors ne serait-il pas recevable à se faire maintenir « dans la possession de ce droit qui n'a rien de com-« mun avec un objet mobilier quelconque. »

Il n'est pas douteux, a-t-on dit avec les Tribunaux (2), que les cimetières étant une propriété communale ne sauraient être utilement possédés par les particuliers et que, par conséquent, ceux-ci ne sauraient être recevables à former une action possessoire relativement à des biens de cette nature. Il faut cependant réserver le cas où un particulier aurait acquis une place séparée dans un cimetière, auquel cas cette place deviendrait une propriété privée (3).

En principe, pour qu'une possession soit protégée

(1) Curasson. *Compétence des juges de paix*, t. II, p. 175.
(2) Cassat. Ch. civ., 10 janvier 1844. S. 44-1-120.
(3) Proudhon. *Du domaine public*, chap. 25.

par les actions possessoires, il faut qu'elle présente toutes les qualités requises pour pouvoir arriver à la prescription, il paraît manifeste, dans ces conditions-là, qu'il n'est pas possible de pouvoir prescrire des biens hors du commerce comme les cimetières.

Nous ne discuterons pas le cas où un particulier se proposerait d'agir au possessoire contre la commune, c'est une hypothèse qui n'est pas pratique. En effet, même si, en principe, on accordait cette action à un particulier, pratiquement la reconnaissance de ce droit serait illusoire pour cette raison que la gêne ou le trouble que pourrait endurer le particulier aura sa cause dans les attributions de police conférées à l'autorité municipale.

Mais, inversément, la commune ne pourrait-elle pas user de l'action possessoire pour faire cesser les usurpations que pourraient commettre les particuliers ?

Dans un premier état, la jurisprudence de la Cour de Cassation ne reconnaissait pas ce droit à la commune, toujours sous le bénéfice de cet argument qu'une action possessoire n'est susceptible d'être exercée qu'autant que la prescription peut résulter de la possession (1). Mais la Cour Suprême n'a pas maintenu cette jurisprudence et quelques années plus tard (2), elle a admis que l'action possessoire serait

(1) Cassation, 10 janvier 1844. S. 44-1-120.
(2) Cassation, 31 janvier 1855. D. 56-1-17.

recevable de la part de la commune troublée dans sa possession d'un terrain communal, comme serait manifestement recevable l'action en revendication de ce terrain ; c'est seulement pour ceux qui ne peuvent pas avoir sur le terrain litigieux de droit de propriété qu'il ne peut pas davantage y avoir lieu à une action possessoire.

En ce qui nous concerne, nous allons plus loin encore et avec les données mêmes de la jurisprudence il nous paraît possible de justifier l'exercice de l'action possessoire de particulier à particulier.

La jurisprudence, en effet, n'a pas toujours maintenu les principes à des hauteurs inaccessibles et elle les a parfois fait fléchir devant les nécessités pratiques.

Ainsi, supposons un particulier qui a obtenu une concession sur le domaine public de l'Etat, dans le but par exemple de construire un établissement de bains sur le rivage de la mer. Dans une pareille hypothèse, tout le monde reconnaît que ce concessionnaire a le droit d'agir au possessoire contre ceux qui viendraient le troubler dans sa possession, car la précurité dont est infectée sa possession n'est qu'un vice relatif, qui n'existe qu'à l'égard de la personne morale qui a accordé la concession (1).

(1) Cassation, 18 décembre 1865. D. 66-1-224. — Cassation, 19 février 1889. S. 89-1-203.

Pourquoi n'admettrait-on pas ce même droit en faveur du concessionnaire dans les lieux de sépulture, les cimetières comme les rivages de la mer ou les fleuves étant hors du commerce ?

Il semble que la possession puisse s'appliquer à toutes sortes de droits susceptibles de se manifester par des actes extérieurs et non pas seulement au droit de propriété.

Les nécessités pratiques paraissent militer en faveur de la reconnaissance de l'action possessoire au profit du concessionnaire de terrain dans un cimetière et la jurisprudence serait logique avec elle-même en la lui accordant.

Mais quelle solution doit intervenir lorsque deux communes prétendent un même cimetière non pour en changer la destination, mais au contraire pour la maintenir en s'en réservant l'usage exclusif ?

Il semble, sans discussion possible, qu'une action possessoire puisse être intentée en pareille hypothèse, puisque ce n'est pas la nature ou la destination du cimetière qui est en cause et que, dans ces conditions, la considération que les cimetières sont hors du commerce ne saurait avoir aucune valeur.

Faut-il considérer comme privilégiés les frais d'acquisition d'un terrain destiné à la sépulture et ceux nécessités pour l'érection d'un tombeau ?

MM. Aubry et Rau se prononcent pour la négative (1). « Il régnait, disent-ils, dans l'ancien droit de « grandes dissidences sur le point de savoir si telles « ou telles dépenses devaient être considérées comme « frais funéraires et jouir du privilège. Le même « désaccord existe dans la doctrine moderne, surtout « en ce qui concerne les frais de deuil. A notre avis, « il faut, d'après le principe, que les dispositions « relatives aux privilèges doivent être interprétées « restrictivement, et en l'absence de toute indication « contraire, refuser le privilège aux frais de deuil et « surtout à ceux d'un monument funéraire. Ces frais, « en effet, n'ont pas lieu *propter funus*, et l'on ne « pourrait les comprendre parmi les frais funéraires, « qu'en étendant la portée de ces termes au-delà de « leur sens naturel. »

Et d'abord, quel est le but du privilège des frais funéraires ? Ce privilège a été établi en vue d'assurer aux morts une sépulture décente qu'ils auraient

(1) Aubry et Rau. *Cours de droit civil*, t. III, p. 211.

pu ne pas avoir si ceux qui font les frais n'avaient pas été certains d'être payés ; il est facile, après cela, d'en délimiter l'étendue.

En ce qui concerne l'acquisition d'un terrain, il est certain que le prix ne peut pas être rangé parmi les frais privilégiés ; c'est incontestablement, en effet, une dépense de luxe, puisque les concessions dérogent au droit commun en matière de sépulture, et nous savons que les privilèges n'ont pas été établis pour les dépenses de ce genre.

Quant aux frais nécessités pour l'érection d'un tombeau, nous croyons qu'il faut distinguer ; le privilège nous paraît devoir être accordé dans l'hypothèse d'une tombe modeste, une croix ou une pierre avec inscription funéraire, par exemple. Ce n'est pas là, en effet, une manifestation de vanité, mais plutôt, au contraire, le complément de l'inhumation, l'application de cette règle de décence publique qui exige que les corps puissent être retrouvés, sans erreur possible.

Deuxième Opinion

Dans ce système, on distingue entre les concessions perpétuelles et trentenaires, avec faculté de renouvellement indéfini, d'une part, et les concessions simplement temporaires, d'autre part.

Les premières sont assimilées à des baux d'une durée illimitée, les autres, au contraire, à des baux d'une durée limitée.

Le Tribunal de Clermont (1) a consacré ce système qui se trouve dans les instructions de la régie du 30 juin 1846 (2).

Il faut reconnaître que l'assimilation entre la concession et le bail est singulièrement forcée ; en effet, le bailleur ne peut enlever au preneur la chose louée et la remplacer par une autre avant l'expiration du bail ; or, il n'en est pas de même, en notre matière, il existe pour la commune le droit de transfert.

La qualification de bail appliquée aux concessions serait aussi inexacte que celle de vente, on peut soutenir, en effet, qu'il n'y a pas de prix stipulé, ce que l'on appelle ordinairement le prix de la concession n'est, aux termes du décret de prairial an XII, qu'un impôt perçu au profit des pauvres.

Au point de vue moral encore la différence entre la concession et le bail est énorme ; le contrat de concession est passé en raison de considérations sentimentales ; le bail, au contraire, est passé dans un esprit de spéculation. « Assimiler aux baux, les con-« cessions perpétuelles ou temporaires serait oublier « la règle que les cimetières, par la raison qu'ils sont

(1) Trib. de Clermont, 5 février 1867. D. P. 67-3-63.
(2) D. P. 46-3-137.

« hors du commerce, sont insusceptibles de loca-
« tion » (1).

Troisième Opinion

Dans cette troisième opinion, on se borne à dire que la concession n'est attributive ni d'un droit de propriété, ni d'un droit de jouissance, ni d'un droit de bail, on s'en tient à ces termes sans préciser davantage.

Le 9 décembre 1846 (2) le Tribunal de Coutances a défendu cette thèse à propos d'une question d'enregistrement qui lui avait été soumise.

Les concessions perpétuelles ou temporaires de terrains pour sépultures dans les cimetières, disait-il, ne sont pas passibles d'un droit proportionnel et il soutenait sa manière de voir dans ces considérants originaux :

« Attendu que les lois fiscales ne peuvent être éten-
« dues sous prétexte d'analogies du cas prévu au cas
« imprévu ;

« .... Attendu qu'aucune disposition de loi n'assu-
« jettit nominativement à la formalité de l'Enregistre-
« ment les concessions dans les cimetières ; qu'il est
« impossible de les assimiler à des actes que la loi
« soumet à cette formalité ;

(1) Daniel Lacombe. *Le Régime des sépultures*, n° 158.
(2) Trib. Coutances, 9 décembre 1846. D. P. 47-3-206.

« .... Considérant que rien ne prouve mieux l'im-
« possibilité de cette assimilation que l'embarras et
« l'incertitude de la Régie lorsqu'elle veut qualifier
« les concessions ;

« .... Considérant, en effet, que la concession
« n'entraîne aucun des effets civils attachés soit à
« l'usufruit ou au droit d'usage, soit au louage ; que
« le concessionnaire, en un mot, n'est pas plus un
« usufruitier, ni usager, ni fermier, ni locataire du
« terrain concédé qu'il n'en est propriétaire.

« .... Qu'en l'état actuel de la législation, l'auto-
« rité judiciaire ne pourrait sanctionner les préten-
« tions de la Régie qu'en étendant arbitrairement la
« portée des lois sur l'Enregistrement et en détour-
« nant les mots de leur signification usuelle et légale. »

Tel est le jugement qui a consacré la troisième opinion que nous avons rapportée.

Nous ne pouvons pas en dire grand chose, puisque les idées ou les situations juridiques qu'il éveille sont critiquées dans les diverses opinions que nous examinons.

Nous ferons cependant remarquer que ce jugement est en contradiction avec les décisions des ministres de l'Intérieur et des Finances, ainsi qu'avec l'instruction générale de la Régie du 30 juin 1846.

Cette instruction indique, en effet, que les concessions perpétuelles ou trentenaires avec faculté de renouvellement indéfini sont sujettes au droit propor-

tionnel de 4 0/0 par assimilation aux baux d'une durée illimitée et que les concessions purement temporaires sont soumises au droit proportionnel de 0,20 0/0 par analogie avec les baux consentis pour une durée d'un temps limité.

Quatrième Opinion

Dans cette dernière opinion, adoptée par le ministère de l'Intérieur, on décide que les concessions, même à titre perpétuel, ne constituent pas des actes de vente et n'emportent pas un droit de propriété en faveur du concessionnaire, mais simplement un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative (1).

Il nous paraît utile d'ajouter avec la Cour d'Angers que c'est un droit réel immobilier (2) et l'on peut faire de cette affirmation une démonstration saisissante.

Et d'abord quelle est la nature du droit que la loi commune en matière de sépulture reconnaît à tous ?

Si tant est que le droit réel est celui qui établit entre la personne et la chose une relation directe, il n'est pas douteux que le droit à l'inhumation est un droit réel, puisque c'est là, semble-t-il, la forme d'occupation la plus rigoureuse qui se puisse imaginer.

(1) Circul. minist. intér., 20 juillet 1841. D. P. 42-3-103.
(2) Angers, 5 mai 1869. D. 1869-2-198.

Il est non moins douteux que c'est un droit réel immobilier, puisqu'il s'applique sur un fond de terre.

Quelle est, en outre, la nature du droit conféré aux concessionnaires ?

Ce droit ne diffère du droit précédent que par la durée, cette différence est-elle suffisante pour faire déclarer que le droit du concessionnaire est un droit de propriété ? Très certainement non. Le droit de propriété, aux termes du Code civil, est le droit illimité d'une personne sur une chose. Or, le droit du concessionnaire est limité quant à la jouissance, quant à la disposition, quant à la durée :

— Quant à la jouissance, puisque le concessionnaire ne peut changer la destination du terrain concédé ;

— Quant à la disposition, puisque le terrain concédé n'est susceptible ni de cession, ni de saisie, ni d'hypothèque et ce sont ces impossibilités qui doivent faire écarter la qualification de vente ;

— Quant à la durée, puisque le cimetière ne dure qu'autant qu'il n'est pas désaffecté.

Ainsi donc, il est manifestement impossible de prétendre que les concessions mêmes perpétuelles confèrent un droit de propriété, il ne serait pas plus exact, avons-nous vu, de déclarer que c'est un droit de bail puisque les cimetières sont hors du commerce et que, de ce chef, ils ne peuvent faire l'objet d'un pareil contrat.

Il ne paraît pas douteux que la qualification de « droit d'usage et de jouissance » est la seule qui convienne aux concessions et qui puisse se concilier avec les principes du droit.

Nous avons eu l'occasion de citer l'opinion de M. L'Hôpital, d'après qui la faculté de transfert ne ferait pas obstacle au droit de propriété. « C'était, disait-il, la condition de ma propriété », nous avons ajouté que cette opinion était insoutenable.

En effet, le transfert s'opère en vertu d'une clause du contrat de concession, donc, dès la naissance du contrat, le terrain se trouve infecté, au profit de la commune, d'un droit qui jure avec le caractère de perpétuité de la propriété.

Si, en outre, on fait entrer en ligne de compte le pouvoir de police accordé à l'autorité municipale sur les cimetières, en général, et les concessions, en particulier, on achève de se convaincre combien insoutenable est la thèse de la propriété privée, puisque la propriété, dans son sens plein, suppose la liberté.

On arrive ainsi à cette conclusion que la concession confère seulement un droit réel, consistant dans un usage déterminé du terrain.

Mais à un autre point de vue, le droit du concessionnaire est un droit personnel, il ne peut pas en disposer de son vivant, ni à titre gratuit, ni à titre onéreux.

CHAPITRE IV

Transmission du Droit du Concessionnaire

La détermination des limites dans lesquelles un concessionnaire peut se mouvoir relativement à la transmission de son droit a fait naître toute une série de décisions judiciaires. Le nombre de ces décisions s'explique par la mise en jeu de deux considérations fertiles en discussions, à savoir, d'abord le caractère pour les cimetières d'être hors du commerce, ensuite le caractère essentiellement familial des concessions qui permettent de prolonger, après la mort, les sentiments d'affection qui unissent, en général, les personnes de même origine.

Pour l'intelligence et la clarté des explications que nous devons apporter, il est bon de distinguer :

1° Transmission du droit à titre onéreux.

2° Transmission du droit à titre gratuit.

3° Tranmission du droit à l'égard des membres de la famille.

Transmission du Droit à titre onéreux

Les dispositions qui placent les cimetières hors du commerce rendent impossible, à l'égard des terrains concédés, toute disposition à titre onéreux (1).

Ce principe que les concessions ne peuvent faire l'objet d'une cession à titre onéreux soit totale, soit partielle, revêt une force particulière lorsqu'il est mentionné dans l'acte de cession que le concessionnaire seul ou ses héritiers peuvent y être inhumés ; d'ailleurs, presque tous les actes de concession contiennent cette clause qui est, on peut dire, de style « le terrain concédé ne pourra jamais être mis dans « le commerce, ni cédé à des tiers. Toute stipulation « est interdite à cet égard à l'impétrant, à peine de « nullité de la concession, sans indemnité. »

(1) Sur le caractère spécial du droit de sépulture. Cass. civ., 7 avril 1857. S. 57-1-341. — Cour Lyon, 4 février 1875. D. 77-2-161. — Cassation, 23 janvier 1894. *Gaz. Pal.* 94-1-201. — Trib. civil Lyon, 23 juillet 1904. *Monit. Jud.* Lyon, 28 janvier 1905. — Boulogne-sur-Mer, 11 novembre 1901. D. 1906-2-97. — Toulouse, 15 février 1906. D. 1908-2-353 et la note.

Le concessionnaire ne doit donc, d'aucune manière, chercher à retirer de son droit un profit quelconque, soit en louant, soit en aliénant une place dans le terrain concédé, soit en y autorisant, moyennant un prix, l'inhumation d'un étranger ; ce serait, en effet, une vente partielle que l'acte par lequel un concessionnaire, sous la réserve d'une somme à payer, autoriserait un étranger à user du droit qu'il a acquis.

Ces principes consacrés par une jurisprudence constante se trouvent dans la circulaire du 30 décembre 1843 qui ordonne à l'Administration de s'opposer à ce que « ces terrains dépourvus du caractère de la « propriété et par conséquent inaliénables, soient « l'objet de vente ou de transactions entre particu- « liers. »

Les dérogations aux principes que nous venons d'examiner sont extrêmement rares. On ne peut guère citer que deux arrêts de Lyon et d'Alger (1) qui, tout en reconnaissant que la concession ne confère qu'un droit personnel, admettent que ce droit peut faire l'objet d'une cession, lorsque l'usage local l'autorise et que l'acte de concession ne l'interdit pas ; et comme conséquence, on voit parfois des annonces dans les journaux aux termes desquelles un particulier offre de céder une partie de sa concession.

(1) Lyon, 17 août 1880. S. 82-2-78. — Alger, 2 mai S. 97-2-187.

Il paraît difficile de justifier de pareilles décisions ; en effet, le caractère de personnalité reconnu au droit du concessionnaire l'a été en raison de considérations d'ordre public et de simples usages locaux paraissent bien insuffisants pour modifier la nature de ce droit. Il faut donc décider, au contraire, que la cession d'un tombeau de famille, à titre onéreux, est entachée d'une nullité d'ordre public insusceptible de se couvrir (1).

Cette dernière décision du Tribunal de la Seine mentionne que l'acheteur de bonne foi, qui doit restituer le tombeau qu'il a acquis, à titre onéreux, est fondé à se faire restituer la somme qu'il a déboursée.

La même décision indique que le principe d'après lequel la chose vendue doit être restituée au vendeur dans l'état où elle se trouve reçoit son application. Il n'y a lieu d'ordonner l'exhumation des corps enterrés depuis l'acte d'acquisition que si cette mesure est exigée par des considérations morales ou familiales dont les tribunaux sont juges.

Ce jugement ne va pas sans quelques critiques, et on peut se demander si on doit considérer comme acquéreur de bonne foi l'acheteur d'une chose dont la non-commercialité est d'ordre public, c'est plus que douteux (2). En effet, « en attachant un avantage « quelconque à des titres de la nature de ceux dont

(1) Trib. Seine, 23 décembre 1885. *Gaz. Pal.* 86-1-529.
(2) Cassation, 19 décembre 1864. D. P. 65-1-116.

« il est question, on se mettrait, tout au moins indi-
« rectement et partiellement, en opposition avec la
« prohibition de la loi » (1).

Quelle sanction pourrait intervenir si un tombeau avait fait l'objet d'un contrat à titre onéreux ? Il semble que l'autorité civile aurait le droit d'intervenir pour mettre un terme à ces opérations prohibées par la loi. C'est ainsi que le Tribunal de Lyon (2) a décidé que l'autorité municipale avait le droit de refuser le permis d'inhumer à un étranger, dans un tombeau de famille, si elle justifie que le propriétaire du terrain a cédé le tombeau à des tiers n'ayant aucun droit.

Transmission du Droit à titre gratuit

Du principe que les tombeaux sont hors du commerce découlent ces conséquences, qu'ils ne peuvent faire l'objet ni d'une licitation, ni d'un partage, non plus qu'être transmis, ni donnés à des tiers étrangers ; que le droit de sépulture est un droit inaliénable, attaché à la personne, non transmissible à des légataires étrangers à la famille.

Ainsi, le droit du concessionnaire échappe à l'empire des règles ordinaires du droit de propriété.

(1) Aubry et Rau. *Cours de Dr. civil*, t. II, p. 270.
(2) Trib. Lyon, 21 mars 1888. *Monit. Jud.* du 25 mai 1888.

Cette manière de voir peut se justifier par le but même des concessions. Le tombeau, en effet, est une chose de famille, il a pour but de grouper ceux qui, durant leur vie, avaient été unis par des liens d'origine et d'affection ; et il suit de là qu'un concessionnaire ne peut pas en disposer, même à titre gratuit, au profit d'un étranger, sous peine de le détourner de sa destination.

Cette opinion avait été consacrée par le Tribunal de la Seine (1). On était d'accord pour décider, non seulement, que le concessionnaire, de son vivant, ne pouvait pas disposer de son droit, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, mais encore on décidait que le tombeau devait rester à la famille, même dans l'hypothèse où elle serait écartée de la succession ; aux termes de cette jurisprudence, les successeurs naturels avaient un droit contre lequel devaient se briser toutes dispositions faites en faveur d'étrangers.

Durant ces dix dernières années, la jurisprudence a complètement changé ; c'est ainsi qu'en 1901, la Cour de Bordeaux (2) a décidé que le droit du concessionnaire peut être transmis par lui à ses héritiers et légataires ou ayants-cause universels. Et cet arrêt en conclut que la veuve du concessionnaire à qui

(1) Trib. Seine, 9 mai 1883. *Jurisprud. Génér.* DALLOZ, *Suppl.* v° Culte, n° 939.

(2) Bordeaux, 12 août 1901. — Note sous arrêt de Toulouse, 25 avril 1904. D. 1906-2-97.

celui-ci a fait donation, à cause de mort, de tous ses biens de quelque nature qu'ils soient, a droit à la concession obtenue par son mari, à l'exclusion des frères et neveux de celui-ci.

En 1903, la même question se posait devant le Tribunal de Toulouse, dans les conditions suivantes :

En 1874, l'abbé Auguste Lucie avait obtenu de la ville de Toulouse une concession régulière dans le cimetière de Terre-Cabade. A sa mort, il institua comme légataires de ses biens, les demoiselles Ponècle. Le frère et unique héritier du *de cujus*, Joseph Lucie, prétendait que les demoiselles Ponècle n'avaient aucun droit à la concession et que cette dernière devait lui revenir à lui, seul héritier du sang.

Le Tribunal de Toulouse, appelé à départager les parties, fit triompher la thèse de l'héritier du sang ; la Cour d'appel confirma cette décision (1).

Mais les légataires universelles ne se tinrent pas pour battues et formèrent un pourvoi en Cassation pour fausse application et violation de la loi, ainsi que des arrêtés municipaux réglementant les concessions dans la commune de Toulouse.

Un arrêt du 25 février 1908 (2) admet le pourvoi et l'affaire est renvoyée devant la Cour d'Agen.

La Cour d'Agen a statué par un arrêt du

(1) Cour de Toulouse, 25 avril 1904. D. 1906-2-97.
(2) 25 février 1908. D. 1909-1-p. 179.

23 juin 1909 et abandonnant la manière de voir de la Cour de Toulouse, elle consacre le droit du légataire universel (1).

La jurisprudence semble actuellement favorable à cette dernière orientation. Le 17 novembre 1906, le Tribunal de Marseille (2) s'est prononcé en faveur de l'héritier du sang, mais la Cour d'Aix a infirmé ce jugement et adopté la thèse favorable au légataire (3).

Le Tribunal de Limoges partage également cette manière de voir (4).

Quelles sont les raisons qui militent en faveur de la reconnaissance du droit du légataire universel ?

Ces raisons, on les prend dans l'art. 10 du décret de prairial an XII, qui déclare « qu'il pourra être fait « des concessions de terrains dans les cimetières aux « personnes qui désireraient y posséder une place dis- « tincte et séparée pour y fonder leur sépulture et « celle de leurs parents ou successeurs. » D'après cet article, la Cour d'Agen déclare qu'on peut transmettre à des étrangers le droit que confère une concession, car si les successeurs *ab-intestat* avaient un droit absolu, la loi n'aurait pas parlé des héritiers institués qu'elle oppose ainsi aux héritiers du sang.

(1) Cour d'Agen, 23 juin 1909. D. 1910-2-18.

(2 et 3) Trib. civil Marseille et Cour d'Aix, sous cass. 25 février 1908. D. 1909-1-177.

(4) Trib. civil Limoges, 9 février 1907. D. 1907-5-22.

La Cour d'Agen a également pensé qu'il serait incompréhensible qu'un concessionnaire soit obligé de laisser son droit à des parents qui ne nourrissaient peut-être que de mauvais sentiments à son égard.

En définitive, les deux états de la jurisprudence que nous venons de rapporter se différentient par l'interprétation qu'il faut donner au mot « successeur » dont se sert le décret de prairial. Alors que dans le premier système on affirme qu'il ne faut entendre sous ce vocable que les « successeurs à la personne », dans le second, on soutient qu'il faut interpréter le mot dans son sens le plus général et qu'il comprend aussi bien « les successeurs aux biens » que les parents.

Mais, de son vivant, le concessionnaire ne peut-il pas, dans une certaine mesure, disposer de son droit ? Ne peut-il pas autoriser, dans son tombeau, l'inhumation soit d'un parent, soit d'un ami ? Ce droit est reconnu au concessionnaire, mais il est subordonné à cette condition qu'il obtiendra, au préalable, l'approbation de l'autorité communale, qui devra apprécier les mobiles auxquels a obéi le concessionnaire et veiller à ce que l'autorisation accordée n'ait pas pour résultat de couvrir un trafic illicite et contraire au respect dû aux sépultures (1).

(1) Trib. Seine, 1er avril 1882. D. P. 1883-3-30. — Bordeaux, 9 mai 1883. S. 1884-2-75.

Le concessionnaire qui, pour exercer le droit dont nous venons de parler, doit obtenir l'autorisation, pourrait encore voir l'exercice de son droit entravé s'il voulait faire inhumer une personne décédée à la suite d'une maladie infectieuse, par exemple. Le pouvoir du maire n'est limité que par le recours pour excès de pouvoir.

La cession du droit d'inhumation peut également se faire par testament, quelle est la nature de ce legs ? Certains tribunaux (1) ont admis que ce legs échappait aux classifications générales, que ce n'était ni un legs pur et simple, ni un legs à terme, mais un legs *sui generis*.

M. Planiol (2) combat cette manière de voir et déclare, avec raison, que c'est là un legs pur et simple : « le droit du légataire est actuel, il lui est acquis « immédiatement, et tant que durera sa vie, il en fera « le seul usage que comporte la chose, il se réservera « vide et libre la place qui lui est destinée. Le pro- « priétaire d'un tombeau ne peut jamais faire plus, et « cependant on ne peut pas dire que le droit du con- « cessionnaire ne soit pas un droit actuel. Il doit en « être de même du droit qu'il transmet à son léga- « taire. »

(1 et 2) Trib. civil Etampes, 26 janvier 1892. D. 1893-2-353, et la note de M. Planiol.

Transmission du Droit à l'égard des Membres de la Famille

A la mort du concessionnaire, entre les mains de qui va passer le droit que lui avait conféré la concession ? Il faut distinguer deux hypothèses.

(*a*) Le concessionnaire est mort intestat.

(*b*) Il a rédigé des dispositions testamentaires.

Dans le premier cas, à défaut de dispositions testamentaires, il est manifeste que le droit ne s'éteint pas avec le concessionnaire, il se transmet à tous ses héritiers, conformément aux règles qui régissent la dévolution ordinaire des successions et proportionnellement aux droits de chacun (1). La dévolution s'opère au profit des membres de la famille du concessionnaire, c'est-à-dire de ceux qui lui sont unis par des liens que la loi reconnaît.

Une décision (2) précise que la fille du fondateur — en l'espèce son unique héritière — a le droit de faire inhumer son mari dans le tombeau. On ne saurait d'ailleurs admettre, fait-on remarquer, que le gendre du fondateur ne fasse pas partie de la famille, soit aux yeux de la loi, soit d'après le sens que l'usage

(1) Nancy, 24 mai 1889. S. 89-2-188.

(2) Trib. civil Seine, 22 mars 1889. *Gaz. Pal.* 89-1-623.

attache à cette expression, notamment en matière de sépulture.

A la suite de la transmission, chaque co-héritier peut faire inhumer les siens dans le caveau de famille, mais il doit respecter les prescriptions de l'autorité et les droits de ses co-héritiers. La jurisprudence a décidé que lorsqu'une seule place restait vacante, le droit qu'avait chaque propriétaire du caveau de s'y faire inhumer, prenait fin par le décès du premier mourant (1).

Nous devons examiner maintenant quels sont les droits de l'épouse sur la sépulture acquise par le mari.

Les tribunaux ont eu maintes fois à se prononcer sur ce point, mais ils ont émis des avis contradictoires.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 février 1887 (2) décidait que, de par sa qualité d'épouse légitime, la femme avait un droit propre à se faire inhumer dans le tombeau acquis par son mari ; il n'était pas besoin d'une déclaration de ce dernier.

Le Tribunal de Vienne a admis la même solution, tout en spécifiant que, par une déclaration expresse le mari peut enlever le droit ; en d'autres termes, le

(1) Trib. civil Seine, 28 février 1908. *Gaz. Pal.*, 3 octobre.

(2) Bordeaux, 9 février 1887. *Jurisprud. Génér.*, suppl., v° Culte, n° 938.

droit de la femme est basé sur une simple présomption, susceptible de tomber par la preuve contraire (1).

La Cour de Paris, au contraire, a jugé qu'une déclaration de volonté du concessionnaire était nécessaire pour faire acquérir à la femme le droit à l'inhumation (2).

Enfin, récemment, la Cour de Toulouse (3) a jugé que la femme avait un droit propre, surtout lorsque le terrain avait été acquis et le tombeau construit avec des fonds communs.

Il semble que cette dernière jurisprudence doive être approuvée ; il y a tout lieu de supposer qu'en acquérant une concession, le mari n'a pas voulu obtenir un droit exclusif, mais bien, au contraire, assurer à sa femme un droit égal au sien sur un tombeau destiné à réunir, après la mort, ceux qui, durant leur vie, avaient été unis par des liens d'affection.

Le Concessionnaire a laissé un Testament

Nous avons rapporté plus haut le dernier état de la jurisprudence qui reconnaît au concessionnaire le

(1) Trib. civil de Vienne, 5 juillet 1895. D. 96-2-271.
(2) Cour de Paris, 24 février 1893. D. 1893-2-353.
(3) Toulouse, 15 février 1906. D. 1908-2-353.

droit de disposer de sa concession, même au profit d'un étranger. A plus forte raison, peut-il en disposer librement à l'égard des membres de sa famille.

D'après la jurisprudence, la concession est insusceptible d'évaluation pécuniaire ; aussi le concessionnaire peut-il la léguer à l'un de ses enfants, même s'il a déjà épuisé, en sa faveur, la quotité disponible (1).

---

(1) Cassation, 7 avril 1857. D. P. 57-1-311.

CHAPITRE V

Tarifs et Produits des Concessions

Nous avons eu l'occasion d'indiquer que la valeur du terrain n'entrait pour rien dans le prix des concessions, aussi a-t-on rapproché ce prix des taxes municipales. Nous devons examiner quels sont les pouvoirs des Conseils municipaux en cette matière.

Il nous faut, à ce point de vue, souligner, tout d'abord, les variations accordées dans les pouvoirs des Conseils municipaux.

Sous l'empire du décret de prairial, les demandes de concessions étaient examinées par le gouvernement, et elles ne pouvaient être accordées qu'à ceux qui offraient des donations ou fondations en faveur des hôpitaux, sans préjudice d'une somme à verser à la commune (art.11).

L'ordonnance réglementaire du 6 décembre 1843 modifia, sur ce point, le régime antérieur. En effet,

aux termes de l'art. 7 de cette ordonnance, « des « tarifs présentant des prix gradués pour les trois « classes de concessions énoncées en l'art. 3 seront « proposés par les Conseils municipaux des com- « munes et approuvés par arrêtés des préfets. »

L'instruction ministérielle faisait observer qu'il suffisait de mettre les Conseils municipaux en demeure de voter les tarifs et que le Préfet n'avait rien à prescrire de façon impérative sur un point où l'initiative appartient à ces Conseils.

Aux termes de cette ordonnance, les tarifs des communes dont les revenus étaient supérieurs à cent mille francs devaient être soumis à l'approbation royale.

La loi du 24 juillet 1867 avait conféré aux Conseils municipaux le droit de régler le tarif des concessions, c'est-à-dire de fixer le prix des concessions sous le simple contrôle de l'Administration supérieure. Dans le cas de désaccord entre le Conseil municipal et le maire, la délibération ne pouvait être exécutée qu'après le visa du Préfet.

Actuellement, la loi du 5 avril 1884 (art. 68, n° 7) a rendu au Préfet le droit d'autoriser qu'il tenait du décret du 25 mars 1852 (1).

Le droit d'approuver implique celui de décider s'il y aura ou non dans le cimetière des emplacements

(1) Morgand. *La loi municipale*, t. II, p. 299.

réservés pour chacune des différentes espèces de concessions.

Sous le régime de la loi de 1884, la différence — au sujet des tarifs — entre les communes qui ont plus et celles qui ont moins de cent mille francs de revenus a complètement disparu.

En l'absence d'un tarif spécial, le maire peut accorder une concession en vertu d'une délibération du Conseil municipal. Le concessionnaire ne peut être tenu d'acheter plus de deux mètres carrés de terrain et à moins que le règlement ou l'acte de concession ne s'y oppose, les particuliers ont le droit d'établir sur ce terrain les constructions nécessaires pour fonder une sépulture de famille.

Il faut mentionner cette disposition dictée par un sentiment de décence que les concessions ne peuvent pas être données à l'entreprise.

A qui profite la somme versée par Celui qui acquiert une Concession ?

Le décret du 23 prairial an XII ne fournissait pas des indications bien précises, l'ordonnance du 6 décembre 1843 a été plus explicite sur ce point. Elle déclare, en effet, dans son art. 3 « qu'aucune « concession ne peut avoir lieu que par le versement « d'un capital dont les deux tiers au profit de la com-

« mune et un tiers au profit des pauvres ou des éta-
« blissements de bienfaisance. »

Le tiers destiné aux pauvres ou aux établissements de bienfaisance peut être attribué, exclusivement, soit au bureau de bienfaisance, soit à l'hospice, ou réparti entre ces deux établissements par portions égales ou inégales. Le droit de faire cette attribution appartient, sous l'approbation du Préfet, au Conseil municipal qui est chargé de proposer les tarifs de concessions.

Il n'est pas possible d'autoriser un projet de concessions gratuites en faveur des indigents.

La commune propriétaire du cimetière a seule le droit d'accorder des emplacements particuliers à ceux qui les demandent ; dans ces conditions, aucune fraction du prix de ces terrains ne saurait être attribuée à une autre commune admise à bénéficier, par tolérance, du cimetière.

Dans l'examen des demandes de concessions, la circulaire du 30 décembre 1843 recommande aux Conseils municipaux de tenir compte de certaines considérations que nous avons eu l'occasion de signaler, ainsi fixer à un prix élevé les concessions perpétuelles, donner la préférence aux concessions trentenaires sur les précédentes.

Aucune concession ne peut être accordée sans le versement du prix dont nous avons parlé, c'est une condition essentielle de l'obtention de la concession.

Exceptionnellement, on décide que la commune peut accorder une concession gratuite au citoyen qui a illustré sa ville natale en rendant des services au pays ; mais le vote du Conseil municipal ne suffit pas : cette délibération, par application de l'ordonnance du 10 juillet 1816 doit être soumise à l'approbation du Chef de l'Etat (1).

La part que touche la commune dans le prix des concessions est un bien communal dont le maire ne saurait disposer à titre gratuit (D. P. 89-1-189).

Dans ce même ordre d'idées, on décide qu'un concessionnaire ne peut pas excéder la quantité de terrain qui lui a été accordée. C'est là une considération de toute évidence et c'est en vain qu'un particulier, pour faire fléchir ce principe, arguerait de ce fait que des dérogations peuvent y être apportées, en pratique, soit par tolérance, soit en vertu d'une autorisation.

Il est manifeste, en effet, que le maire, simple administrateur du bien communal, ne peut aliéner gratuitement, sans autorisation du Conseil municipal, approuvée par l'autorité supérieure, une portion quelconque du domaine communal. Et, par ailleurs, le maire ne pourrait pas davantage dispenser un particulier de se conformer aux prescriptions d'un règlement municipal.

(1) V° *Infra*. Concessions gratuites.

En effet, le principe de l'égalité civile des citoyens témoigne qu'un maire, quelles que soient les considérations auxquelles il obéisse ne peut pas dispenser un citoyen de l'exécution des règlements municipaux. L'excuse fondée sur une dispense, accordée par exception, ne peut être admise et il n'y a pas à distinguer entre les dispenses écrites et verbales (1).

Il serait insoutenable de prétendre que le concessionnaire qui excède les limites de sa concession ne préjudicie pas aux intérêts de la commune, puisque l'art. 133, parag. 9 de la loi du 5 avril 1884 range dans les recettes ordinaires des communes le produit des terrains communaux affectés aux inhumations, ainsi que la part leur revenant dans le prix des concessions dans les cimetières.

Un particulier qui acquiert une concession peut-il s'acquitter autrement qu'en espèces ? Rien ne s'y oppose, « le prix en argent n'est pas exclusif, ainsi « que le décret du 23 prairial en fournit lui-même des « exemples en s'occupant des concessions qui ont « lieu par donations ou fondations. » (S. 75-1-312.)

C'est ainsi qu'un propriétaire qui cède un terrain peut s'y réserver une concession pour se payer, soit en totalité, soit en partie, de la cession qu'il a faite. Il va de soi que le droit des pauvres et établissements de bienfaisance doit être entièrement sauvegardé. La

(1) C. Cassation, 23 janvier 1875. D. P. 75-1-352. — 15 avril 1861. D. P. 61-5 409.

convention entre le particulier et la commune indiquera à qui incombera la charge de l'acquitter. En aucun cas, le quantum fixé par la loi ne saurait être diminué, la fixation au tiers est indispensable à la validité du contrat.

La nécessité de la redevance à fournir, sous n'importe quelle forme, prouve que le contrat de concession est, par essence, un contrat à titre onéreux.

Le contrat est entièrement formé dès que le maire a répondu par l'arrêté accordant la concession. Le maire ayant la faculté de désigner le terrain, le concessionnaire qui préférerait tel emplacement à tel autre agira prudemment en ne consentant au contrat que sous la réserve des satisfactions qu'il demande.

Concessions gratuites

Nous avons indiqué que le versement du prix était une condition essentielle de l'obtention d'une concession et que ce n'était que très exceptionnellement, et à titre d'hommage public, qu'une commune pouvait accorder une concession gratuite au citoyen qui avait illustré sa ville natale en rendant des services au pays. Nous avons ajouté qu'en pareille hypothèse, la délibération du Conseil municipal, pour arriver à plein effet, devait être soumise à l'approbation du chef de l'Etat, conformément à l'ordonnance du 10 juillet 1816.

Mais on a justement fait remarquer (1) « qu'il se pré-
« sentait des cas où la pensée d'un hommage public
« ne pouvait se concilier avec les termes de la délibé-
« ration et la qualité de la personne en faveur de
« laquelle le vote était intervenu. Ainsi, un Conseil
« municipal votant une concession gratuite en faveur
« d'un modeste serviteur de la commune, d'un appa-
« riteur, d'un fossoyeur (le cas s'est présenté), n'a
« évidemment pas l'intention de voter un hommage
« public.

« La jurisprudence a donc été amenée à se dépar-
« tir de sa rigueur primitive et, placée dans l'alter-
« native ou de dénaturer le caractère de la délibéra-
« tion ou de s'opposer à son exécution, elle s'est
« demandée si les termes de l'ordonnance de 1843
« étaient aussi impératifs qu'on l'avait pensé tout
« d'abord et mettaient, d'une manière absolue, obsta-
« cle à ce qu'en dehors de l'hommage public, des
« concessions pussent être faites à titre gratuit.

« Poussée par le désir de ne point entraver l'exé-
« cution de délibérations qui s'inspiraient presque
« toujours d'une pensée bienveillante et louable,
« l'administration supérieure a successivement admis
« des tempéraments et elle est arrivée à reconnaître
« qu'un vote par lequel un Conseil renonce à exiger
« le payement de la somme qui revient à la commune

(1) *Revue générale d'administration*, année 1883, 3e vol., p. 413 et suiv.

« dans le prix de la concession peut, dans certains « cas, être considéré comme délibération de simple « intérêt communal, susceptible d'être exécutée sous « la seule approbation du Préfet. C'est ce qui a été « décidé pour la sépulture d'un instituteur (Château- « fort, Seine-et-Oise), d'un marguillier (Villers, Vos- « ges, 1881), etc.

« Nous sommes loin de désapprouver les tendan- « ces nouvelles de la jurisprudence, mais à la condi- « tion qu'on réserve les cas où la concession gratuite « revêt véritablement le caractère d'un hommage « public. Si la pensée du Conseil municipal a été « d'honorer par un vote la mémoire du défunt, de lui « décerner un témoignage de reconnaissance publi- « que : si cette pensée ressort manifestement de sa « délibération, nous pensons qu'il y a lieu d'exiger « l'approbation prescrite par l'ordonnance du 10 juil- « let 1816. Nous hésiterions donc beaucoup, pour « notre part, à reconnaître la régularité de certaines « des concessions faites dans ces dernières années « par le Conseil municipal de Paris et qui ont reçu « leur exécution sous la seule approbation préfec- « torale » (1).

(1) Concessions en faveur de Daumier, caricaturiste, délibération du 27 février 1879, Charles Delescluze, 26 mai 1882.

L'ordonnance du 10 juillet 1816 a été appliquée pour : les généraux Clément Thomas et Leconte, 1871 ; Sivel et Crocé-Spinelli, 1873 ; Pierre Leroux, 1880.

Ces considérations paraissent devoir être approuvées ; mais quelles que soient les formalités auxquelles est soumis l'octroi d'une concession gratuite, il est bien certain que le Conseil municipal ne peut renoncer qu'à la somme qui doit tomber dans la caisse communale, la part revenant aux pauvres doit toujours être sauvegardée.

CHAPITRE VI

Compétence en matière de Concessions

Les lieux de sépultures, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers, sont placés sous la surveillance de l'autorité municipale (déc. prairial, art. 16).

Il est manifeste, dans ces conditions, que les actes accomplis par les municipalités, à l'intérieur des cimetières, et dictés par le souci de l'intérêt général, sont des actes administratifs. Ces actes échappent complètement au contrôle de l'autorité judiciaire qui serait incompétente pour apprécier les difficultés qu'ils pourraient faire naître ; il n'en serait évidemment pas de même des contestations dans lesquelles se débat l'intérêt purement privé des communes et à

propos duquel les tribunaux judiciaires peuvent être régulièrement saisis.

Les contrats de concessions doivent être envisagés sous deux aspects. Ils sont, d'une part, pour partie, des actes de gestion, d'autre part, des actes de police. En tant qu'ils constituent des actes de gestion, les tribunaux judiciaires sont compétents pour trancher les difficultés qui pourraient surgir.

Cette manière de voir a été admirablement mise en lumière par le commissaire du gouvernement L'Hôpital, dans une affaire Castangt, dont nous avons eu déjà l'occasion de parler, et où un particulier demandait à la ville de Bordeaux de lui garantir une concession qu'elle lui avait consentie.

M. L'Hôpital affirme que c'est là un débat judiciaire. Il reconnaît que les concessions ne constituent pas des propriétés dans le sens absolu du mot, mais bien qu'affectées de certains caractères spéciaux ces propriétés n'en sont pas moins des propriétés, surtout les concessions perpétuelles. En tous les cas, si l'on repousse la théorie du droit de propriété, il faut reconnaître que les concessions n'en produisent pas moins des droits réels dont la conservation incombe à l'autorité judiciaire, puisqu'aucune disposition ne les soumet à l'empire de l'autorité administrative.

C'est une règle constante, en effet, qu'il appartient à l'autorité judiciaire de solutionner les difficultés qui peuvent surgir entre une commune et un particulier

à propos de l'exécution d'un contrat de droit civil. Il va de soi qu'il s'agit simplement d'appliquer le contrat et que la décision à intervenir ne doit pas porter atteinte au pouvoir de police conféré à l'autorité municipale (1).

Il a été jugé qu'en cas de contestations portant sur une transaction, l'autorité judiciaire n'outrepasse pas ses droits en confiant à un expert le soin de trancher certaines difficultés. Dans l'espèce, il s'agissait d'un propriétaire qui avait cédé un terrain pour l'agrandissement d'un cimetière, sous la réserve d'une sépulture pour lui et les siens. En pareil cas, la Cour de Cassation déclare que si des difficultés surgissent relativement à la désignation de l'emplacement, les tribunaux peuvent désigner un expert avec la mission de déterminer l'endroit où le terrain doit être pris ; en effet, dans de semblables conditions, l'autorité judiciaire n'excède pas ses droits et laisse intact le pouvoir de police du maire (2).

C'est l'autorité judiciaire qui doit appliquer le tarif d'un règlement municipal de cimetière pour cette raison que « puisqu'il appartient aux Tribunaux « civils de connaître les actions ayant pour objet les « droits et obligations résultant des concessions dans « les cimetières, ainsi que les taxes afférentes aux

(1) Cassation, 19 mars 1875. D. P. 75-1-321.
(2) Cassation, 26 mars 1875. D. P. 75-312.

« inhumations, ces mêmes tribunaux ont qualité pour « reconnaître le sens et la portée des dispositions « de loi ou de règlement qu'il s'agit d'appliquer, « sans qu'il y ait lieu à l'existence d'une question « préjudicielle de la compétence de l'autorité admi- « nistrative » (1).

Dans le même ordre d'idées, on peut signaler une décision du Conseil d'Etat (12 février 1892, Lebon, p. 131), qui déclare qu'on ne peut attaquer pour excès de pouvoirs un arrêté municipal qui impose aux propriétaires de caveaux le payement d'une taxe à raison de la présence du délégué municipal à l'ouverture des dits caveaux.

M. Laferrière (2) a étudié cette question de la compétence en matière de tarifs. Après avoir indiqué les procédés d'assiette et de recouvrement des impôts directs et déclaré qu'avec eux les personnes imposées doivent être immatriculées « sur un rôle qu'un acte « de puissance publique rend exécutoire et dont les « extraits constituent de véritables décisions admi- « nistratives formant titres de perception », le savant auteur ajoute « rien de semblable pour les impôts « indirects et pour les taxes perçues, en vertu de « tarifs. Sans doute, toutes ces perceptions intéres- « sent l'administration générale, mais elles ne met-

(1) Trib. des Conflits, 7 mai 1892 Lebon, p. 422.
(2) Laferrière. *Traité de la Jurid. adm.*, t. I, p. 691.

« tent en cause aucun acte de puissance publique ; « sauf le tarif qui est promulgué une fois pour tou- « tes, elles ne comportent ni rôles nominatifs, ni « décisions administratives individuelles. » Aussi, la compétence judiciaire ne s'applique pas « seulement « aux contributions indirectes proprement dites, « mais encore à toutes les perceptions d'intérêt géné- « ral ou local qui sont effectuées au moyen de tarifs « soit par l'État, soit par les communes, les établis- « sements publics ou les concessionnaires de travaux « publics. »

L'action qui a pour but d'obtenir le payement d'une concession est une action purement mobilière qui, comme telle, est de la compétence exclusive des juges de paix si la somme n'excède pas trois cents francs.

Les contestations relatives à une concession ne peuvent être jugées qu'à charge d'appel.

Parmi les mesures qui ne peuvent être appréciées par l'autorité judiciaire, il faut signaler les contestations soulevées par l'agrandissement ou la désaffection d'un cimetière. Ces actes accomplis par l'autorité administrative et dans un intérêt public échappent à son empire ; il en est de même lorsque le maire prend des mesures relatives à la décence des inhumations, ou à l'ordre public. Dans cette hypothèse, le maire ne représente plus la commune personne morale, mais l'administration responsable de l'ordre public ; il est bien certain qu'il fait acte de

puissance publique et, par suite, les conséquences de ces actes sont soustraites à la connaissance des tribunaux judiciaires (1).

L'autorité judiciaire est également incompétente pour autoriser ou interdire une inhumation.

---

(1) Douai, 2 décembre 1905. D. 1905-2-433. — Cons. d'Etat, 27 mai 1892. D 93-3-82.

CHAPITRE VII

L'Enregistrement en matière de Concessions

Suivant la définition de M. Garnier (répertoire général, v° enregistrement), l'enregistrement consiste dans la transcription ou dans l'analyse d'un acte ou d'une déclaration de mutation sur les registres destinés à cet objet. Cette formalité, en principe, donne lieu à une perception au profit du Trésor.

Cette perception varie avec la nature du droit que l'on considère ; chaque acte juridique donne lieu à une perception différente, « quand le Trésor veut « percevoir un droit d'enregistrement, il faut pres- « que qu'il se fasse docteur ès-lois, afin de pénétrer « dans l'infinie variété de la vie civile, le discerner, « d'un œil exercé, le caractère propre des actes et de

« baser sur cette reconnaissance la redevance qui est « due à l'Etat ». (*Gaz. Trib.*, 20 juillet 1830.)

Quelle est la nature du droit qu'acquiert le concessionnaire ? C'est d'après la réponse que l'on fera à cette question que l'on pourra déterminer le droit à acquitter à propos du contrat passé entre le maire de la commune et le particulier.

A l'origine, il avait été décidé que les concessions de terrains dans les cimetières constituaient des mutations d'immeubles et devaient être frappées des droits établis par la loi du 22 frimaire an VII « pour les « actes translatifs de propriété ou d'usufruit des « biens immeubles, à titre onéreux. »

Ce droit était de 4 0/0 et une instruction du 3 janvier 1810 spécifiait que ce pourcentage devait être prélevé sur le prix payé à la commune, augmenté des « fondations ou donations en faveur des pauvres « ou des hôpitaux » dont parle le décret de prairial an XII.

Ce principe de perception s'appliquait indistinctement aux concessions perpétuelles et aux temporaires.

Ce premier point de vue ne devait pas se maintenir et devait fléchir devant les conceptions diverses que l'on se faisait du droit du concessionnaire.

Nous avons eu maintes fois l'occasion de citer la circulaire du 30 décembre 1843 qui déclare que « les « concessions à titre perpétuel ne constituent pas des « actes de vente et n'emportent pas un droit réel de

« propriété en faveur du concessionnaire, mais sim-
« plement un droit de jouissance et d'usage avec
« affectation spéciale et nominative. »

Il est difficile, avons-nous essayé de démontrer dans l'étude du droit du concessionnaire, de ne pas reconnaître l'exactitude d'une pareille proposition. Ce qui caractérise, en effet, le droit de propriété, c'est la faculté de pouvoir disposer de ce droit, de le transmettre ; or, une pareille faculté n'est pas reconnue au concessionnaire. Les terrains affectés aux sépultures sont, en effet, hors du commerce, les dispositions relatives à la transmission des successions leur sont inapplicables ; dans ces conditions, ils ne peuvent pas être passibles des droits afférants aux mutations de propriété, mutations qui, en droit fiscal, dit la Cour de Cassation, s'entendent « du passage de la « propriété d'une tête sur une autre tête » (1) ou « d'une main dans une autre main » (1).

Une instruction du 30 juin 1846 vint consacrer l'abandon du premier point de vue qui fixait à 4 0/0 le droit à percevoir au profit du Trésor. En effet, aux termes de cette instruction, il est décidé :

1° Que les concessions de terrains à perpétuité, ainsi que les concessions trentenaires avec faculté de renouvellement indéfini sont assimilables à des baux d'une

(1) Cassation, 5 juillet 1820. S. 1823-1-140.
(2) Cassation, 5 janvier 1848. S. 48-1-198.

durée illimitée et comme telles soumises à un droit de 4 0/0 en vertu de l'art. 69, par. 7 de la loi du 22 frimaire an VII.

Les concessions trentenaires sont assimilées aux perpétuelles en considération de cette faculté de renouvellement qui leur donne sensiblement le même caractère qu'à ces dernières.

2° Les concessions purement temporaires sont assimilées à des baux d'une durée limitée ; en effet, la jouissance qu'elles confèrent ne peut excéder quinze ans ; elles sont soumises à un droit de 0,20 0/0 d'après l'art. 1 de la loi du 16 juin 1824.

Ce classement des concessions dans les actes translatifs de jouissance a soulevé des objections. On a soutenu que les concessions dans les cimetières n'impliquant ni transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance devaient être soumises au droit de 3 0/0 afférant aux actes innommés.

On s'appuye, pour justifier cette manière de voir, sur un jugement du Tribunal de Coutances qui déclare que « le but de celui qui se rend usufruitier « est de jouir des fruits ; celui qui se rend concessionnaire d'un terrain dans un cimetière est mû « par une pensée d'ordre différent ; ce n'est pas une « spéculation qu'il fait, il obéit à un sentiment « pieux » (1).

(1) D. E., v° Concession, n° 154.

A cette argumentation, on répond que si la concession n'est assimilable en rien au droit d'usufruit, elle n'en est pas moins un droit réel immobilier, car elle a pour objet un immeuble. Elle est donc passible du droit de 4 0/0, soit en vertu de l'assimilation à un bail d'une durée illimitée, soit en vertu de la règle que toute mutation de droits réels donne lieu à cette perception.

M. Garnier soutient que si des perceptions identiques pour les concessions perpétuelles et trentenaires ont pu se justifier, à un certain moment, elles ne le peuvent plus aujourd'hui : « cette appréciation, « dit-il, était justifiée par la jurisprudence qui s'était « formée en matière de bail, sous l'empire de la loi « du 22 frimaire an VII. La Cour de Cassation avait « décidé, en effet, que quand la faculté de proroger « le bail est réservée au preneur, le bailleur étant « lié et même obligé de souffrir cette prorogation, le « bail doit être considéré pour la perception de l'im- « pôt comme si la prorogation était accomplie. Les « concessions indéfiniment renouvelables étaient trai- « tées comme ayant une durée illimitée. »

M. Garnier continue en indiquant que depuis la loi du 23 août 1871 sur les baux et locations verbales, il est impossible de maintenir cette manière de voir. « Le contrat conclu pour une durée limitée et réser- « vant au preneur la faculté de prolonger sa jouis- « sance, ne donne ouverture à l'impôt que sur la

« durée à laquelle correspond un engagement actuel « des deux parties ; par suite, les concessions tren- « tenaires ne nous semblent plus passibles que du « droit de 0,20 0/0, calculé sur la redevance afférant « à la première période de trente ans » (1).

L'administration se défend et, à de pareils arguments, elle en oppose d'autres. Elle insiste sur la faculté de renouvellement indéfini qui confond presque les concessions trentenaires avec les perpétuelles ; elle ajoute que ce sont là, au surplus, des contrats d'un genre particulier et que « la loi du 23 août 1871 « ne saurait être étendue aux contrats de cette caté- « gorie qui demeurent régis par l'ancienne légis- « lation » (2).

Il faut indiquer que les droits de 4 0/0 pour les concessions perpétuelles et trentenaires et de 0,20 0/0 pour les concessions temporaires ne peuvent être perçus qu'autant qu'ils sont constatés par un acte écrit.

En effet, sous l'empire de la loi du 22 frimaire an VII, la jurisprudence considérait comme étant affranchies de l'impôt les mutations de jouissance immobilière qui ne faisaient pas l'objet d'un contrat rédigé par écrit. Ce principe était appliqué aux terrains concédés dans les cimetières.

(1) GARNIER. *Répert. Génér.*, v° Concession, n° 25.
(2) *Journal de l'Enregistrement*, art. 24.182.

Les mêmes règles continuent à être suivies, malgré les dispositions de la loi du 23 août 1871 qui assujettissent à la déclaration dans le délai de trois mois les locations verbales d'immeubles. L'administration de l'Enregistrement déclare, pour justifier cette manière de voir, « que le droit du concessionnaire est « un droit plutôt personnel que réel qui ne saurait « être assujetti à l'Enregistrement, en vertu des tex- « tes de lois fiscales édictées exclusivement pour les « mutations verbales de biens, immeubles et de droits « immobiliers proprement dits » (1).

L'art. 78 de la loi du 15 mai 1818 soumet à l'Enregistrement dans le délai de vingt jours « les actes des « autorités administratives et des établissements « publics, portant transmission de propriété, d'usu- « fruit ou de jouissance. »

En notre matière, à partir de quel moment le délai commencera-t-il à courir ? Incontestablement quand le contrat sera parfait. En toute hypothèse, on arrive à ce résultat que le point de départ du délai sera la date de l'acte de concession.

En effet, ou bien la passation de l'acte a été précédée d'une délibération du Conseil municipal, approuvée par le Préfet, auquel cas la jurisprudence constante du Conseil d'Etat dispense l'acte lui-même de l'approbation, ou bien d'une délibération prise par

(1) *Solution admin. Enreg.*, 15 octobre 1877, S. 78-2-25.

le Conseil municipal, en vertu du pouvoir de règlement attribué aux Conseils municipaux par la loi du 24 juillet 1867, auquel cas la délibération n'a pas besoin d'approbation. Ainsi donc, l'acte de concession est parfait au moment de sa passation et c'est à partir de ce moment que le délai commence à courir.

De ce que le contrat est parfait dès qu'il est passé, il s'en suit logiquement que le tarif applicable est celui en vigueur à cette date, même sans qu'il y ait lieu, par exemple, de considérer la date de la demande.

L'acte de concession comprend, pour l'autorité administrative, la faculté de transférer le cimetière. Les actes qui constituent cette translation n'opèrent pas une nouvelle mutation et dès lors échappent à l'acquittement du droit d'enregistrement, soit comme actes de police en vertu des lois du 22 frimaire an VII (art. 70) et 15 mai 1818 (art. 80).

La transmission du droit par décès n'est pas passible du droit de mutation par décès, toujours en vertu de cette considération que c'est un droit plutôt personnel que réel qui est acquis.

Nous mentionnons également que les actes de concessions ne sont pas soumis à la transcription.

CHAPITRE VIII

Tombes Militaires

La question n'est pas seulement intéressante au point de vue historique ; au point de vue administratif, son intérêt est également manifeste et se rattache par conséquent à l'objet même de notre travail.

Le traité de Francfort, dans son article 16, mentionne l'engagement, de la part des deux parties en présence, de faire respecter et d'entretenir les tombeaux des soldats ensevelis sur leurs territoires respectifs ; c'est en exécution de cet engagement que fut votée la loi du 7 avril 1873 : « l'Assemblée natio-« nale bien inspirée, dit M. Ducrocq, voulut la voter « sans discussion et ses dispositions s'expliquent « d'elles-mêmes » (1).

Voici le texte de la loi :

Article premier. — Les terrains dépendant des

(1) Ducrocq. *Cours de Dr. admin.*, 5e édit., t. II, p. 33.

cimetières communaux qui servent actuellement à l'inhumation des soldats français ou allemands morts pendant la dernière guerre et les terrains qui seraient ultérieurement requis dans le même but, seront, sur la demande du Préfet, cédés à l'Etat, au prix du tarif en vigueur pour les concessions perpétuelles. Dans les communes où il n'existe pas de tarif le prix de la concession sera fixé par le Préfet, en Conseil de Préfecture, après avoir pris l'avis du Conseil municipal.

Art. 2. — L'Etat est autorisé à acquérir, par voie d'expropriation, les terrains, non clos, situés en dehors des cimetières dans lesquels se trouvent une ou plusieurs tombes militaires. Ces acquisitions sont déclarées d'utilité publique. Les terrains à acquérir et les terrains occupés temporairement jusqu'aux exhumations qui ne pourront avoir lieu qu'après un délai de cinq ans, seront désignés, après enquête, par des arrêtés du Préfet, approuvés par le ministre de l'Intérieur. Ces arrêtés décideront dans quelle mesure les terrains environnants seront soumis aux servitudes établies par les décrets du 22 prairial an XII et du 7 mars 1808.

Art. 3. — Sur la production de l'arrêté rendu par le Préfet et approuvée par le Ministre, l'expropriation sera prononcée et suivie conformément aux dispositions de la loi du 3 mai 1841.

Art. 4. — Les indemnités dues pour l'expropria-

tion des terrains d'inhumation, pour l'occupation temporaire de ces terrains jusqu'à l'exhumation et pour les servitudes dont pourront être frappés les terrains environnants seront réglées par le jury, conformément aux dispositions de la loi du 21 mai 1836.

Art. 5. — Les dispositions de l'art. 58 de la loi du 3 mai 1841 sont applicables à la présente loi.

Art. 6. — Les lois et règlements relatifs à la police et à la conservation des cimetières sont applicables à tous les terrains affectés à des tombes militaires.

Art. 7. — Les dépenses nécessaires à l application de la présente loi seront prélevées sur les crédits mis à la disposition du ministre de l'Intérieur pour les dépenses de la guerre non classées.

Parmi les dispositions de cette loi, il faut souligner celle qui met l'Etat, quand il se fait céder des terrains dans les cimetières communaux, dans l obligation de se comporter comme un simple particulier, c'est-à-dire d'en acquitter le prix d'après le tarif des concessions perpétuelles. « Ce principe, dit M. Mazeau « dans son rapport, est sage ; il eut été injuste de « grever les communes des charges que peuvent « entraîner les acquisitions de cette nature. »

On fait, en outre, remarquer que les obligations de l'Etat résultant d'un traité, il eut été mal venu à laisser à d'autres personnes morales le soin d'acquitter les obligations qu'il avait contractées.

L'art. 4 de cette loi présente un grand intérêt au

point de vue administratif. Il y est indiqué que c'est le petit jury qui fixera les indemnités dues aux propriétaires de terrains expropriés et que c'est par cet organe encore que seront fixés les dommages que pourraient subir les terrains environnants par suite des servitudes dont ils pourraient être frappés.

Cette allocation d'une indemnité aux propriétaires voisins de l'emplacement où reposent des soldats morts à la guerre déroge un droit commun. Il est, en effet, généralement admis que les servitudes d'utilité publique ne donnent lieu à aucune indemnité (1).

On a soutenu, qu'en toute hypothèse, ceux qui souffrent d'une servitude d'utilité publique devaient être indemnisés. Comment ! dit-on ; l'art. 545 du Code civil subordonne l'expropriation au payement d'une juste et préalable indemnité ; pourquoi ne pas reconnaître cette même indemnité au cas de dépossession partielle que constitue la servitude d'utilité publique ?

On répond à cette argumentation par l'art. 544 du Code civil qui indique que le droit de propriété ne peut s'exercer que sous la réserve des lois et règlements. Les charges que la propriété est exposée à subir sont la condition même de son existence ; le propriétaire a son bien tel que l'état social lui permet

(1) Demolombe. *Cours de Dr. civil*, t. I, n° 304. — Cassation, 7 avril 1845. S. 45-1-529.

de l'avoir, et ainsi le principe d'une indemnité dans le cas de servitudes légales, ne trouverait son fondement nulle part.

C'est en considération de pareils principes qu'un propriétaire ne peut obtenir la réparation du préjudice que lui cause l'établissement d'un nouveau cimetière, relativement aux servitudes dont son fond est frappé (1).

Ce principe de la non-indemnité peut subir des dérogations, mais il faut qu'elles soient formellement autorisées par la loi comme dans l'espèce qui nous occupe. Ce sera au législateur à faire montre de discernement ; « l'indemnité, disait M. Leclercq, procu-
« reur général près la Cour de Cassation belge, n'est
« pas une obligation, d'une part, ni un droit, de
« l'autre. Elle n'est que l'expression de cette
« modération avec laquelle un gouvernement hu-
« main doit toujours exercer ses pouvoirs. Elle n'est
« due, par conséquent, qu'en vertu d'une décision
« expresse » (2).

---

(1) Req., 8 mai 1876. D. P. 76-1-352. — Cons. d'Etat, 22 décembre 1876 ; aff. Laurent. D. P. 77-3 26.

(2) *Pandectes françaises*, v° Servitudes, n° 592.

CHAPITRE IX

Les Concessions dans les Cimetières de Paris [1]

Les concessions dans les cimetières de la ville de Paris échappent à l'empire des dispositions que nous avons étudiées jusqu'à maintenant ; aussi le régime très particulier et, par conséquent, d'un intérêt relatif, auquel elles sont soumises, nous autorisera à ne pas nous étendre longuement sur ce point.

L'arrêté préfectoral du 14 septembre 1850 nous fournit la plus grande partie des éléments de ce régime spécial.

Les tarifs de concessions sont établis par le Conseil municipal et approuvés par le Préfet de la Seine. Le produit en est réparti de la façon suivante, la ville de Paris reçoit les quatre cinquièmes, l'Assistance publique le dernier cinquième. Le prix des concessions est encaissé par les receveurs des cimetières.

(1) Béquet. *Répert.*, v° Sépulture, p. 154.

Nous distinguons ici encore les concessions temporaires, elles sont accordées, suivant les cas, soit par le Préfet, soit par le Maire.

Leur durée est de cinq ans. Elles peuvent être renouvelées, sur autorisation du Préfet, pour une deuxième période et moyennant le versement d'une somme de cinquante francs. Dans le courant de la sixième année, les concessions non renouvelées sont reprises, après une publication de deux avis dans les journaux.

On ne peut placer sur les concessions temporaires que des objets susceptibles d'être facilement enlevés ; elles sont individuelles, la construction des caveaux n'y est pas autorisée (arrêté préfect., 8 déc. 1829).

Concessions Trentenaires

Les concessions trentenaires, renouvelables, sont, comme dans les autres communes, presque assimilées aux concessions perpétuelles.

Elles ont été créées par arrêtés préfectoraux des 30 décembre 1886 et 23 mars 1887, dans les cimetières de Pantin, Bayeux, Ivry, Saint-Ouen.

Dans les cinq dernières années de la concession, le concessionnaire, qui veut procéder à une inhumation, est obligé de la renouveler. Cette disposition qui jure avec les dispositions de l'ordonnance de 1843

(art. 5) doit être cependant subie. En effet, l'autorité qui avait le droit de ne pas accorder la concession, pouvait la subordonner à cette condition.

Le prix de la concession est fixé à 300 francs pour un terrain uniforme de deux mètres carrés.

Le titulaire d'une concession de cette nature a la faculté d'y faire construire un caveau.

Une concession trentenaire peut être convertie en perpétuelle (arrêté 21 déc. 1893). Le concessionnaire bénéficiaire de la conversion pourra, dans certains cas, se faire rembourser le prix qu'il avait déboursé pour l'obtention de la première concession.

On lui remboursera le prix, en entier, s'il restitue la concession temporaire dans le délai d'un an, la moitié s'il s'est écoulé moins de dix ans. Enfin, après l'expiration de ce dernier délai, il perd droit à toute restitution (arrêté préfect., 4 mars 1890).

Concessions Perpétuelles

Les concessions perpétuelles sont accordées par le Préfet aux personnes domiciliées à Paris. Le prix de ces concessions varie suivant qu'il s'agit de cimetières intra-muros ou extra-muros. Elles sont régies par les arrêtés préfectoraux des 21 décembre 1893, 21 février 1895, 28 mars 1899, 18 juillet 1905 et 26 juillet 1906. Mais à raison du caractère très parti-

culier de ces dispositions, nous ne pensons pas devoir entrer dans les détails.

En cas d'annulation d'une concession perpétuelle, le concessionnaire rend le terrain libre, à tous les points de vue, comblé et nivelé. La Ville restitue les quatre cinquièmes du prix, le cinquième de l'Assistance publique reste acquis.

Les arrêtés préfectoraux des 21 février 1893, 11 décembre de la même année et 28 mars 1899 nous parlent des concessions conditionnelles qui peuvent être établies dans les cimetières extra-muros.

Dans ce système, les concessionnaires à perpétuité d'un terrain de deux mètres carrés pourront ne payer qu'une part au comptant, le reste dans les cinq années qui suivront. Si le payement total n'a pas été achevé dans le délai indiqué, le contrat sera résolu et la reprise du terrain sera effectuée dans les trois mois qui suivront, sans nécessiter l'accomplissement d'aucune formalité.

Tout titulaire d'une concession perpétuelle ou même simplement temporaire peut faire élever un monument sur son terrain, mais, même postérieurement à la construction, les concessionnaires devront se conformer aux mesures qui pourraient leur être imposées.

Les concessions sont accordées par arrêtés administratifs. La police des cimetières appartient au Préfet de la Seine.

CHAPITRE X

Pouvoirs de Police du Maire

Nous savons qu'aux termes de l'art. 17 du décret de prairial, les lieux de sépultures sont soumis à « l'autorité, police et surveillance des administrations « municipales. »

Il n'entre certainemnet pas dans le cadre de notre sujet d'examiner les pouvoirs de police du maire au point de vue général des sépultures, puisque notre étude est strictement limitée aux concessions de terrains dans les cimetières : mais avant d'examiner le pouvoir de police sur ce point particulier, il nous paraît indispensable de nous livrer à quelques considérations d'ensemble caractérisant le pouvoir de police du maire.

Les pouvoirs du maire trouvent leur fondement

dans les art. 91, 97, 98, etc. de la loi du 5 avril 1884 qui régissent la police municipale et rurale ; en cette matière, le maire agit sous la simple surveillance de l'administration supérieure. Le pouvoir du maire signalé, il importe d'indiquer la teneur de l'art. 99 de la loi précitée. « Les pouvoirs qui appartiennent « au maire en vertu de l'art. 91 ne font pas obstacle « au droit du Préfet, de prendre pour toutes les com- « munes du département ou plusieurs d'entre elles, « et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu « par les autorités municipales, toutes mesures rela- « tives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de « la tranquillité publiques. Ce droit ne pourrait être « exercé par le Préfet à l'égard d'une seule commune « qu'après une mise en demeure au maire, restée « sans résultat. »

C'est là l'application des principes posés par diverses lois spéciales et notamment la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 ; en effet, même dans des matières dont la règlementation appartient aux maires, il fallait prévoir la négligence, la mauvaise volonté ou l'inertie des officiers municipaux.

Ainsi donc, en définitive, le Préfet peut se substituer au maire ; il n'est pas douteux que ce pouvoir s'applique à la police des cimetières et on peut répéter « qu'en ce qui concerne la police des sépultures, « la loi du 5 avril 1884, tout en maintenant les attri- « butions de l'administration municipale, a plutôt

« augmenté qu'affaibli les prérogatives de l'adminis-
« tration supérieure » (1).

Mais, en principe, l'initiative des mesures à prendre appartient au maire de la commune ; ce droit de police s'exerce soit sous la forme d'arrêtés généraux ou règlements, soit sous la forme d'arrêtés spéciaux. Il faut souligner que le pouvoir de police conféré par la loi à l'autorité municipale entre dans les attributions du maire, non du Conseil municipal, et c'est à raison de cette considération qu'un Préfet a pu légalement annuler une délibération d'un Conseil municipal qui avait enjoint à son maire de prendre un arrêté de police ordonnant la suppression d'une petite cour faisant partie du cimetière communal.(2).

« Il en serait évidemment de même d'une délibéra-
« tion par laquelle l'assemblée communale, ainsi que
« cela arrive quelquefois, instituerait une commis-
« sion chargée de la surveillance du cimetière, et du
« jugement des réclamations qui pourraient être fai-
« tes par les habitants de la commune, notamment
« par ceux ayant des concessions. Cette commission
« ne saurait, en effet, exercer, concurremment avec
« le maire, les pouvoirs de police. Elle serait aussi,
« sans qualité pour trancher les difficultés qui sur-

(1) Arrêt de Poitiers, du 30 mai 1884. D P. 84-2-193. Note de M. Ducrocq.

(2) Cons. d'Etat, 15 juillet 1887. Lebon, p. 573.

« giraient avec les concessionnaires et qui, à défaut « d'entente, ne pourraient être tranchées que par les « tribunaux compétents.

« Les droits de police étant inaliénables, nous hési- « tons à penser qu'une semblable commission pour- « rait être adjointe aux maires, même sur leur « demande et à charge de n'avoir qu'un caractère « purement consultatif. Une combinaison de cette « nature nous paraîtrait susceptible de porter atteinte « à l'autorité du maire, d'entraver son indépendance « et sa liberté d'action et de créer, en cas de désac- « cord, des conflits dans lesquels, il est vrai, l'opi- « nion du maire devrait être prédominante, mais « qu'il est, toujours, d'une bonne administration de « prévenir » (1).

Les maires doivent user de leur pouvoir pour assurer par des mesures spéciales le respect dû aux morts et la liberté des cultes ; mais à côté de ces mesures, les textes qui régissent la matière nous en indiquent d'autres d'ordre général qu'il nous faut tout d'abord signaler.

Accès dans les Cimetières

L'article 3 du décret de prairial nous indique que les cimetières doivent être clos de murs d'une hau-

(1) Fay. *Les Cimetières et la Police des Sépultures*, p. 140.

teur de deux mètres. Cette disposition est élémentaire ; elle était indispensable pour réaliser une surveillance sérieuse, pour empêcher les divagations des animaux ou pour supprimer un accès trop facile au public.

Mais elle pouvait, pratiquement, devenir inefficace si le maire, faisant droit aux sollicitations dont il pouvait être l'objet, accordait une clef du cimetière à diverses personnes. C'est surtout à propos du curé de la paroisse qu'on s'est demandé s'il était possible de lui accorder une clef à son usage exclusif. On est d'accord pour répondre par la négative et cette solution est on ne peut plus logique.

En effet, l'art. 17 du décret de prairial porte que les cimetières sont soumis à la police et à la surveillance de l'autorité municipale ; il est évident que cette mission ne pourrait être exactement remplie et que l'administration serait fondée à décliner toute responsabilité, si elle était tenue de remettre une clef à qui que ce soit. Le maire est, en définitive, juge de la question, mais il semble qu'il soit de l'intérêt d'une bonne police, d'établir, comme règle, le refus d'accéder aux demandes du genre de celle que nous discutons.

Mais il n'en demeure pas moins certain que le maire a le devoir impérieux de faciliter, autant que possible, à ses administrés, l'accès du champ de repos. Le décret de prairial confère à l'autorité muni-

cipale les pouvoirs nécessaires pour régler les conditions dans lesquelles le public sera autorisé à pénétrer dans le cimetière ; en fixant, par exemple, les heures durant lesquelles la porte sera ouverte.

En fait, les prescriptions relatives à la clôture des cimetières sont presque toujours suivies et ce n'est que bien exceptionnellement qu'on pourrait trouver encore des cimetières, comme il en a certainement existé, entouré seulement de haies ou de fossés ; outre que l'administration supérieure se serait opposée à un pareil état de choses, les municipalités ont toujours eu à cœur de donner aux lieux de sépultures toutes les garanties de décence et de respect désirables.

Inscriptions sur les Monuments funéraires

Aux termes de l'article 6 de l'ordonnance du 6 décembre 1843, toutes les inscriptions tumulaires doivent être soumises à l'approbation du maire. « Il « faut reconnaître, dit la circulaire du 30 décem- « bre 1843, qu'en pareille matière, la plus grande « liberté doit être laissée au Conseil municipal ; une « inscription, même inoffensive, par cela même quelle « pourrait donner naissance à des discordes et deve- « nir une occasion de scandales et de troubles, doit « pouvoir être interdite. »

On ne peut évidemment pas dresser une liste des inscriptions qui devront être proscrites, ce sera affaire d'appréciation de la part de l'autorité municipale.

Les inscriptions qui, le plus fréquemment, peuvent donner lieu à des difficultés sont celles qui touchent à la politique. Il est incontestable que la vie d'un défunt peut être retracée sur le tombeau, mais, à notre avis, on ne saurait y graver des inscriptions — phrases de discours, par exemple — ayant un caractère de polémique ; il y aurait là, semble-t-il, une manifestation qui jurerait avec le calme qui doit entourer les lieux de sépultures.

Les considérations que nous venons de faire valoir valent également pour les discours prononcés à l'intérieur des cimetières. Ils ne doivent pas être soumis à l'autorisation préalable de l'autorité municipale, mais il n'est pas douteux qu'un maire userait sagement de son droit en s'opposant à tout discours qui, loin d'être un hommage rendu à un mort, serait une manifestation quelconque et partant une source possible de désordres.

A propos de la règlementation des inscriptions sur les monuments funéraires, on peut rappeler ce que disait M. Gaudry dans son traité du Domaine : « les « monuments élevés dans les cimetières participent « jusqu'à un certain point du caractère du domaine « public communal ; ils sont, comme lui, sous la

« surveillance immédiate et sous la garde de l'auto-
« rité municipale ; ils sont imprescriptibles et ina-
« liénables et l'on ne pourrait les faire servir à des
« usages profanes contre leur destination » (1).

Cependant, il nous faut préciser qu'en eux-mêmes et par rapport à ceux qui les ont élevés, ils ne forment pas des édifices publics, mais des monuments privés. Il est au pouvoir des familles de les enlever, de les modifier, mais de telle façon que le cimetière soit respecté, qu'on ne le fasse pas servir à un usage contraire à sa destination, et toujours sous la surveillance de l'autorité municipale.

Aucune disposition légale n'assujettit les concessionnaires à soumettre à l'approbation du maire les projets de monuments qu'ils se proposent de faire construire, mais il est certain qu'un règlement municipal pourrait les astreindre à une déclaration ; en effet, le maire qui doit veiller à ce que les travaux s'effectuent dans les conditions légales, peut prendre les mesures destinées à lui faciliter son rôle.

Mesures spéciales

Le maire a le droit de prendre toutes les mesures qu'il croira nécessaires pour assurer le bon fonction-

(1) Gaudry. *Traité du Domaine*, t. III, p. 234.

nement des cimetières, la salubrité publique, la liberté des cultes.

Relativement à ces mesures, il faut poser, en principe, l'initiative du maire. L'art. 99 de la loi du 5 avril 1884 en déclarant que « les pouvoirs qui appar- « tiennent au maire, en vertu de l'art. 94, ne font pas « obstacle au droit du Préfet de prendre toutes mesu- « res relatives au maintien de la salubrité, de la « décence et de la tranquillité publique » a fait cesser une controverse.

On discutait, en effet, la question de savoir si, sous l'empire du décret de prairial, l'autorité préfectorale pouvait se substituer au maire à propos de toutes les mesures de police, de celles rigoureusement déterminées par un texte comme de celles où l'initiative appartenait au maire.

A propos de ces dernières, il eut été logique, semble-t-il, de soutenir que l'administration avait seulement le droit de les annuler.

Le maire jouit d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la désignation du terrain où chaque inhumation doit avoir lieu. La désignation de l'emplacement des concessions dans les cimetières dépend aussi essentiellement de l'autorité municipale et les arrêtés qu'elle prend ne peuvent être interprétés que par elle.

Ce pouvoir du maire avait une importance considérable sous l'empire du décret de prairial qui, dans

son article 15 exigeait, tout au moins, des séparations, à l'intérieur des cimetières, entre les morts des différents cultes.

La loi du 14 novembre 1881 a abrogé cette disposition sous l'empire de laquelle il s'était formé une jurisprudence très étendue, dénuée aujourd'hui de son intérêt, et sur laquelle nous n'insisterons pas.

Lorsque le maire a assigné un endroit pour l'inhumation d'un corps, la famille est fondée à attaquer cet acte, si elle estime que le maire ne s'est pas conformé aux règles qui garantissent à tous les citoyens une sépulture également honorable, sans distinction de culte (1), et si l'inhumation a été opérée, l'exhumation et la réinhumation peuvent être accordées par l'autorité supérieure (2).

On explique qu'en semblable matière le maire n'agit pas comme officier de police municipale, mais comme délégué de l'autorité civile publique pour assurer aux citoyens le respect des droits reconnus par la loi et, en cas de violation, la partie lésée est recevable à revendiquer, par la voie contentieuse, la reconnaissance de son droit.

---

(1) Conseil d'Etat, 13 mars 1872. LEBON, p. 153.
(2) Conseil d'Etat, 11 juin 1875. LEBON, p. 558.

Cimetière situé sur le territoire d'une Commune voisine

Dans cette hypothèse, il y a deux pouvoirs de police qui peuvent se heurter, le pouvoir du maire de la commune propriétaire et celui du maire de la situation des lieux.

On décide logiquement que le pouvoir du premier de ces deux officiers municipaux est strictement limité à la matière des inhumations, quant au deuxième, il conserve sur le cimetière un pouvoir semblable à celui qu'il a sur les autres parties du domaine communal, et ainsi, en cas de troubles, de manifestations, c'est lui qui devra intervenir.

Dans le même ordre d'idées, dans l'hypothèse d'un cimetière indivis entre deux communes, la police appartient au maire de la commune de la situation des lieux.

Dans cette situation, la question de co-propriété doit être réglée par une entente préalable entre les communes intéressées. Nous avons eu l'occasion d'indiquer que les concessions constituaient un acte de gestion du domaine communal, il est nécessaire, par conséquent, que les communes co-propriétaires soient d'accord sur le point de savoir si on accordera des concessions et dans l'affirmative à quel prix les terrains seront concédés. Pour le règlement de ces questions, on a indiqué que les Conseils municipaux pour-

raient provoquer des conférences intercommunales, par application de l'art. 116 de la loi du 5 avril 1884, mais on a souligné l'impossibilité de faire fonctionner les commissions syndicales dont il est question dans l'art. 161 de la loi municipale ; en effet, dit-on, cet article ne s'applique qu'aux biens normalement productifs de revenus, c'est-à-dire à ceux qui font partie du domaine privé ; or, les cimetières font partie du domaine public communal sans qu'il soit permis de distinguer entre les concessions et le champ commun..

Employés du Cimetière et Entretien des Tombes

Le creusement des fosses étant soumis à certaines conditions et le maire étant chargé de l'observation de ces conditions, il s'en suit que le fossoyeur, chargé d'effectuer ces travaux, est placé sous l'autorité du maire ; c'est ce dernier qui a qualité pour le nommer ou le révoquer.

Il existe, en général, dans les communes un tarif précisant la rénumération à laquelle a droit le fossoyeur, parfois il lui est alloué une rénumération fixe prévue au budget communal. Dans l'hypothèse où il n'existerait pas de tarif, le salaire sera débattu entre les parties ; en cas de difficultés entre les intéressés, les tribunaux devront être saisis ; un arrêté qui soumettrait à l'arbitrage du maire de semblables diffi-

cultés serait illégal, les règles de compétence étant d'ordre public.

La rénumération du fossoyeur peut varier suivant l'âge des personnes à inhumer ; on comprendrait moins un salaire variant suivant la classe du service funèbre ; en effet, quelle que soit la pompe de ce service, le travail du fossoyeur est toujours le même et il paraît logique de ne tenir compte pour le calcul du salaire que de l'importance du travail effectué.

L'office du fossoyeur est obligatoire pour le creusement des fosses, mais en ce qui concerne l'entretien des tombes, les familles doivent être entièrement libres ; en cette matière, comme en tout autre, il est interdit aux maires de prendre des mesures portant atteinte à la liberté.

Les personnes chargées par les particuliers de l'entretien de leur concession sont soumises, pour l'exercice de leur profession, aux mesures légalement prises par l'autorité communale, dans l'intérêt du bon ordre et de la salubrité publique à l'intérieur des cimetières, mais un arrêté municipal ne peut, sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, exiger que les personnes chargées de l'entretien des concessions soient agréées par l'administration (1).

(1) Cass. Ch. Crim., 17 juillet 1902. D. 1903, table, v° Autorité communale.

Il n'est pas douteux que le maire porte atteinte aux droits des titulaires de concessions et, par suite, commet un excès de pouvoirs en décidant que dans les cas où les familles n'assurent pas elles-mêmes ou par le personnel à gages attaché à leurs personnes, l'entretien des tombes, elles ne peuvent s'adresser, pour ce travail, qu'au fossoyeur communal (2).

Pouvoirs de Police du Maire d'après la Loi du 9 Décembre 1905

La loi du 9 décembre 1905 n'offre pas grand aliment à la matière qui nous intéresse. Après avoir déclaré dans l'art. 27 que « les cérémonies, proces-« sions et autres manifestations d'un culte continue-« raient à être réglées en conformité avec les arti-« cles 95 et 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 », « le législateur de la loi de séparation précise la question quant au point particulier que nous devons étudier, « il est interdit, à l'avenir, dit-il dans l'art. 28, « d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème reli-« gieux sur les monuments publics ou quelque empla-« cement public que ce soit, à l'exception des édifi-« ces servant au culte, des terrains de sépulture dans « les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que « des musées ou expositions. »

(1) Cons. d'Etat, 29 décembre 1904. D. 1905-3-88.

Ainsi donc, cet article 28, après avoir établi une règle générale, indique les exceptions qu'elle doit comporter. Ce sont des exceptions logiques, personne, par exemple, ne pouvant se montrer choqué de ce que des édifices religieux portent des emblèmes indiquant leur destination.

Il était normal aussi que chacun put manifester sur son tombeau les sentiments religieux dans lesquels il avait vécu. La seule limitation qui doive être apportée c est « la prohibition, au nom de la neutralité, « des emblèmes et des signes qui tendraient à con- « sacrer l'ensemble d'un cimetière à un culte déter- « miné et porteraient ainsi atteinte à la liberté de « conscience de ceux qui ne professent pas ce culte ». (Rapport de M. A. Briand.)

M. Lefas avait défendu à la Chambre la thèse de la liberté la plus large, en ce qui concerne l'apposition des emblèmes religieux sur les monuments funéraires, et c'est sur ses observations que fut insérée, dans l'art. 28, cette formule très nette « à l'exception « des terrains de sépulture dans les cimetières..... « des monuments funéraires. »

M. Aristide Briand, rapporteur de la loi, déclara que si toute liberté devait être laissée en ce qui concerne l'apposition des emblèmes religieux sur les sépultures individuelles ou pour la sépulture collective de personnes appartenant au même culte, il fallait, par contre, respecter la plus entière neutralité,

soit pour la fosse commune, soit pour la sépulture collective où reposent des morts appartenant à des cultes différents.

En définitive, la loi de séparation ne met d'autre terme à la liberté que le respect des principes de neutralité posés par la loi du 14 novembre 1881.

Une récente décision du Conseil d'Etat (Revue génér. d'admin., nov. 1910, p. 317) nous offre un exemple intéressant de l'application de l'art. 28 de la loi du 9 décembre 1905.

Le sieur Gonot, curé de la paroisse de Perrigny-sur-Armançon, avait acquis une concession à perpétuité dans le cimetière communal et avait fait élever sur ce terrain un monument consistant en une croix d'une hauteur de quatre mètres.

Le maire de la commune prit un arrêté ordonnant l'enlèvement de la croix et fixant la hauteur que ne pourraient pas dépasser les monuments funéraires.

L'abbé Gonot demanda au Conseil d'Etat l'annulation de cet arrêté et obtint gain de cause, la mesure prise par le maire interdisant « la pose de toute croix « revêtant le caractère d'emblèmes religieux » étant manifestement contraire aux dispositions de la loi.

On peut dire qu'il résulte de notre législation que le droit du concessionnaire d'élever des constructions sur son terrain est absolu ; les particuliers ne peuvent être astreints qu'à l'obligation de ne pas excéder les limites du terrain qui leur a été concédé ; sous

cette condition, ils peuvent donner aux monuments la forme et la direction qui leur conviennent. On pourrait soutenir qu'il y aurait intérêt, au point de vue de l'élégance et de l'harmonie, à ce que les monuments funéraires soient assujettis à obéir, par exemple, à un plan d'alignement, mais il ne paraît pas douteux que de semblables considérations soient insuffisantes pour dominer le droit absolu du concessionnaire.

Nous rappelons que le maire a des pouvoirs de police très étendus ; il les tient des articles 16 et 17 du décret de prairial et de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, qui le charge de prendre les mesures nécessaires pour les inhumations et les exhumations et d'assurer le bon ordre dans le cimetière ; mais ces pouvoirs de police ne peuvent s'exercer que pour le maintien du bon ordre et en vue de l'hygiène et de la salubrité publiques ; il ne faut point oublier qu'ils sont limités par les droits conférés aux titulaires de concessions : c'est ainsi que le maire ne pourrait pas, en invoquant ses pouvoirs de police, ordonner la destruction d'un monument sur un terrain concédé (1).

Dans l'espèce que nous avons rapportée plus haut, le maire avait-il le droit de faire enlever la croix apposée par le concessionnaire sur son terrain ?

Tout dépend quelque peu de l'aspect sur lequel on

(1) Cass. Civ., 12 février 1901. D. P. 1905-1-495.

envisage la question. Dans les termes où il avait été rédigé, l'arrêté était certainement illégal, un maire, en effet, ne peut pas « interdire la pose de toutes « croix, revêtant le caractère d'emblème religieux », puisque ce droit est formellement reconnu aux concessionnaires de terrains dans les cimetières par l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905. Mais si le maire doit respecter les droits reconnus aux concessionnaires, il peut mettre un terme à toute interprétation capricieuse des textes ; il a le droit de s'opposer à tout exercice de la liberté qui dégénérerait en véritable manifestation. Il nous paraît certain que l'arrêté eût été inattaquable si « le maire s'était borné, soit à « fixer par un arrêté général la hauteur des monu- « ments funèbres, soit à prescrire au requérant par « un arrêté individuel, de limiter, par exemple, la « hauteur de la croix. » Il est, en effet, dans les attributions du maire de réprimer tout acte qui violerait la neutralité des cimetières.

C'est dans le même ordre d'idées que tout le monde admet que les municipalités seraient fondées à s'opposer à l'érection d'une croix centrale à l'intérieur du cimetière ou bien autorisées à les faire disparaître au cas où elles existeraient. Ces croix, destinées à donner aux sépultures une consécration religieuse, sont, en effet, contraires aux lois qui ont sécularisé les cimetières.

Il n'en demeure pas moins certain qu'en cette

matière où les habitudes, les considérations d'ordre sentimental doivent avoir une large place, les municipalités devront agir avec beaucoup de modération et de libéralisme.

Voies de Recours contre le Pouvoir du Maire

Maintenant que nous avons examiné quelques applications du pouvoir de police du maire, il nous faut dire quelques mots des recours que les particuliers peuvent avoir contre ce pouvoir.

Les décisions et les règlements du maire exerçant son pouvoir de police sont toujours réformables par la voie gracieuse ; c'est la procédure par laquelle on prie une autorité de faire un acte nouveau ou de rapporter elle-même celui qu'elle a déjà accompli.

Le recours hiérarchique est également possible : il s'exerce par échelons depuis l'agent qui a accompli l'acte jusqu'au ministre. Les ministres ont, en effet, le droit d'annuler ou de réformer les décisions des autorités inférieures ; le même pouvoir appartient aux Préfets contre les maires, considérés comme agents de la puissance publique.

Mais le recours qui offre le plus de garanties est, sans discussion possible, le recours pour excès de pouvoirs dont M. Laferrière, dans son traité de la juridiction administrative nous indique les caractères : « lorsque les actes de l'administration ont le

« caractère d'actes de commandement et de puissance « publique ils ne peuvent pas être revisés et réfor- « més par la juridiction, ils ne peuvent qu'être annu- « lés et seulement pour illégalité, non pour inoppor- « tunité ou fausse appréciation des faits. Le seul « recours contentieux qui puisse être dirigé contre « les actes de cette nature est le recours à fin d'an- « nulation qui porte le nom de recours pour excès de « pouvoirs. »

M. Ducrocq (1) vante également la supériorité de ce recours sur les autres ; on ne pouvait pas, selon lui, « enlever aux familles, dans une matière aussi déli- « cate, qui touche à des intérêts si graves, à des sen- « timents si profonds et si respectables, le recours « contre les négligences, les passions locales, les « abus de pouvoirs dont peuvent être affectés les « actes de l'autorité municipale.

« ..... Plus la décentralisation administrative se « développe, plus le législateur augmente les attri- « butions des autorités locales, plus il nous paraît « nécessaire de maintenir, de fortifier ce principe « libéral du recours pour excès de pouvoirs, l'une « des sauvegardes des administrés et des minorités, « contre les abus de pouvoirs des administrateurs et « des majorités, sauvegarde aussi de l'intérêt public « et de la loi. Cette nécessité n'est pas moindre en ce

(1) Ducrocq. Note sur arrêt de Poitiers. D. P. 84-2-193.

« qui concerne ce grand intérêt social des sépultures « qu'en toute autre matière ».

On ne saurait mieux dire, et nous achevons ces rapides considérations en indiquant que le recours pour excès de pouvoirs est subordonné à l'existence d'un intérêt direct et personnel ; cette action ne peut se fonder que sur l'intérêt propre du réclamant car, comme l'indique M. Laferrière, « les intérêts géné- « raux ont des représentants investis d'un caractère « public auxquels de simples particuliers n'ont pas « le droit de se substituer. »

L'intérêt que la partie aura à intenter ce recours ne sera pas nécessairement un intérêt pécuniaire ou matériel. Un intérêt moral peut suffire et, d'ailleurs, dans la matière qui nous occupe, c'est à peu près le seul que l'on puisse invoquer.

En ce qui concerne l'exécution des arrêtés de police la jurisprudence est aujourd'hui bien fixée : en principe, l'exécution d'office par la voie administrative n'est pas possible ; l'intéressé doit être mis au préalable en demeure d'exécuter l'arrêté. L'arrêté n'est-il pas exécuté ? on dressera une contravention et le juge saisi examinera la légalité de l'arrêté. C'est là une règle qui s'impose pour protéger les particuliers contre les abus que ne manquerait certainement pas d'entraîner l'exécution d'office des arrêtés (1).

(1) Cons. d'Etat, 19 avril 1907. D. 1908-3-66.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Affre. — *Traité de la juridiction ecclésiastique.*
Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français.*
Blanche. — *Dictionnaire.*
Batbie. — *Traité de droit administratif.*
Curasson. — *De la compétence des juges de paix.*
Ducrocq. — *Des édifices publics.*
Ducrocq. — *Cours de droit administratif.*
Demolombe. — *Cours de droit civil.*
Dufour. — *Traité général de droit administratif.*
Fay. — *Des cimetières et de la police des sépultures.*
Gaudry. — *Traité du domaine.*
Gaudry. — *Traité de la législation des cultes.*
Garnier. — *Traité de la possession et des actions possessoires.*
Garnier. — *Répertoire général de l'Enregistrement.*
Hauriou. — *Précis de droit administratif.*
Laferrière. — *Traité de la juridiction administrative.*
Moreau. — *Précis de droit administratif.*
Morgand. — *La loi municipale.*
Proudhon. — *Le domaine public.*
Planiol. — *Traité de droit civil.*
Répertoires : Dalloz, *Pandectes françaises.* — Bequet.
Thèses : Daniel Lacombe, *Le régime des sépultures.* — M. Bertrand, *De la législation des sépultures.* — Charreyre, *Des inhumations et lieux de sépulture.*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9

CHAPITRE PREMIER

Les concessions dans les cimetières 33
Les diverses espèces de concessions 36
Concessions perpétuelles 38
Concessions trentenaires et temporaires 41

CHAPITRE II

Acquisition des concessions 43
Délivrance des concessions 46
Nature du contrat 53

CHAPITRE III

Etendue et nature du droit du concessionnaire 59
Première opinion : Droit de propriété 59
Deuxième opinion : Droit de bail 74
Troisième opinion : Droit sans qualification précise 76
Quatrième opinion : Droit réel immobilier 78

CHAPITRE IV

Transmission du droit du concessionnaire 81
Transmission du droit à titre onéreux 82
Transmission du droit à titre gratuit 85
Transmission du droit à l'égard des membres de la famille 91

CHAPITRE V

Tarifs et produits des concessions 95
Concessions gratuites 101

CHAPITRE VI

Compétence en matière de concessions 105

CHAPITRE VII

Enregistrement en matière de concessions 111

CHAPITRE VIII

Tombes militaires..... 119

CHAPITRE IX

Des concessions dans les cimetières de Paris..... 125

CHAPITRE X

Pouvoirs de police du maire..... 129

Vu, le Professeur président de la thèse,
Aix, le 8 Mai 1911.
MOREAU.

Vu, le Doyen,
G. BRY.

Vu, le Recteur président du Conseil de l'Université,
Pour le Recteur :
l'Inspecteur d'Académie délégué,
P. MAURIN.

AIX. — Imp. E. TOURNEL, 5, Rue Emeric-David.